Der wissentliche unbefugte Verkauf einer fremden Sache in seiner strafrechtlichen Behandlung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Königlichen Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Erwin Weber
Referendar.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1917.

Genehmigt am 10. August 1917.

Referent: Professor Dr. Hegler.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

1. Einzelschriften.

Aschrott und **v. Liszt**, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Bd. 1 u. 2. 1910.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 1—3. 1906—1909.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. 1885.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. 1. 2. Aufl. 1902. (Zit.: Binding.)

Binding, Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer nach BGB. §§ 932 u. 935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß. 1908.

Dörr, Über das Ojekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. 1897.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd.: Sachenrecht. 6.—8. Aufl. 1913.

Flegenheimer, Das Problem des dolosen Werkzeugs. Tübinger Diss. 1913.

Frank, August, Der subjektive Tatbestand des Delikts der Sachhehlerei. 1899. (Zit.: A. Frank.)

Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11.—14. Aufl.

Graf Gleispach, Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen. 1. Teil. 1905.

Gudewill, Delikt der Partiererei. 1907.

Goltdammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. 2. Teil. 1852.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 2, 1. u. 2. Abt. 1884.

Hälschner, System des preußischen Strafrechts. 2. Teil. 1868.

Höpfner, Diebstahl und Unterschlagung im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch 1910.

v. Holtzendorff, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 6. Aufl. Herausgeg. von Kohler.

v. Holtzendorff, Rechtslexikon. 3. Aufl. 1880.

Kohler, Leitfaden des deutschen Strafrechts. 1912.

Kohler, Studien aus dem Strafrecht. Bd. 1—4. 1880 ff.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 20. Aufl. 1914.

Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. 2. Teil. 3. Aufl. Berlin 1912.

Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Aufl. Herausgeg. von Allfeld 1912. Zit.: Meyer-Aflleld.)

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 10. Aufl. 1916.

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. Herausgeg. von Dellus. 1901.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Sachenrecht. 3. Aufl. 1906.

v. Pradzynski, Sachbeschädigung und Aneignung. 1908.

Rimpau, Über die Strafbarkeit des Betrugs nach geltendem Recht bei Mangel der Identität des Getäuschten und des Geschädigten. Tübinger Diss. 1892.

Rommel, Otto, Der Betrug. 1894.

Sauer, Schließen sich Diebstahl und Sachbeschädigung begrifflich aus? 1908.

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1874.

Schwartz, Ernst, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1914.
Schwarze, v. Friedrich, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 5. Aufl. 1884.
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. 6 u. 7. (Zit.: Vergl. Darst.)
Villnow, Carl, Raub und Erpressung. 1875.
Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1914.
Zimmer, Der Zueignungsbegriff nach dem Reichsstrafgesetzbuch. Diss. 1913.

2. Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen.

Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Herausgeg. von Kohler Bd. 9.
Archiv für Strafrecht. Begr. von Goltdammer. Herausgeg. von Kohler. (Zit.: GoltdArch.)
Das Recht. Herausgeg. von Sörgel.
Deutsche Juristenzeitung. Herausgeg. von Laband. (Zit.: DJZ.)
Gerichtssaal. Herausgeg. von Ötker und Finger. (Zit.: GerS.)
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Herausgeg. von Prof. der Münchner jur. Fakultät. (Zit.: KrVJSchr.) Bd. 44.
Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Herausgeg von v. Liszt und von Lilienthal. (Zit.: ZStW.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts in Strafsachen.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.

Einleitung.

§ 1.

1. Der wissentliche, unbefugte Verkauf einer fremden Sache, ein praktisch oft vorkommender Fall, hat durch Wissenschaft und Rechtsprechung des Strafrechts eine sehr verschiedene Beurteilung gefunden. Die wissenschaftliche Behandlung in Literatur und Judikatur hat ihren Ausgang besonders (s. schon Hälschner, Preuß. Strafrecht 2, 375 A. 2; weiter Schütze 472 A. 10; Merkel in HH. 3, 643 A. 2, 764 A. 7; Rimpau a. a. O. 23 u. a.) von einem Fall genommen, den das preußische Obertribunal 14. 5. 58 in GolldArch. 6, 567 entschieden hat und der geeignet ist, von vorneherein unsere Frage in ihrer Tragweite zu illustrieren. Er mag daher hier angeführt werden mit der Bemerkung, daß es sich dabei freilich um eine spezielle Ausprägung (Verkauf an den Gutgläubigen von Sachen, die der Verkäufer nicht im Besitz oder Gewahrsam hat) handelt. Der Angeklagte hatte die den Ackerbürgern L. und G. gehörigen, auf deren Ackerstücken befindlichen Steine dem T. unter dem Vorgeben, daß er (der Angeklagte) der Eigentümer derselben sei, verkauft und auf dem Feld übergeben bezw. überwiesen und demnächst der Käufer T. im Glauben, rechtmäßiger Eigentümer der Steine geworden zu sein, dieselben vom Felde weggeführt und in seinen Gewahrsam gebracht.

Die Frage ist neuerdings wieder öfters (vgl. RGE. 47, 147 ff., 48, 58 ff., 49, 16 ff.) aktuell geworden. Eine zusammengefaßte Darstellung der verschiedenen durch derartige Fälle, wie den geschilderten Fall des wissentlichen Verkaufs fremder Sachen, aufgeworfenen Fragen (einzelne derselben sind vielfach behandelt) fehlt, abgesehen von dem verhältnismäßig knappen Aufsatz von Eckstein in GoltdArch. 59, 414 ff., der in Anordnung der Darstellung nicht übersichtlich, in Resultaten und Begründung öfters unbefriedigend und auch in der Literaturbenützung nicht immer zuverlässig ist. Es liegt nahe, den unbefugten Verkauf zur unbefugten Veräußerung überhaupt zu erweitern, wie dies Eckstein getan hat, doch will sich diese Arbeit zunächst einmal auf den sowohl praktisch wichtigsten als der Sachlage nach klarsten Fall des Verkaufs beschränken.

2. Durch den wissentlichen unbefugten Verkauf einer fremden Sache entstehen Rechtsbeziehungen zwischen den drei Beteiligten: Eigentümer, Verkäufer und Käufer, die nach bürgerlichem Recht zu beurteilen sind, gleichzeitig ergeben sich daraus auch strafrechtliche Tatbestände, mit deren Untersuchung sich diese Arbeit beschäftigen möchte; das deliktische Verhalten des Verkäufers dem Eigentümer und dem Käufer gegenüber, des Käufers dem Eigentümer gegenüber kommt in Frage. Bei der Untersuchung ist vor allem, wie schon vorausgeschickt, festzustellen die Subjektsbeziehung, gegen wen ein deliktisches Verhalten in Betracht kommt[1]) und wessen deliktisches Verhalten, sodann der Typus des jeweiligen deliktischen Verhaltens innerhalb des weiteren Rahmens der Vermögensdelikte (die hier ja allein in Betracht kommen können) und seine Erscheinungsform (Teilnahme, Konkurrenz, Versuch). Dabei sind, wie schon unser Beispiel zeigt, verschiedene tatsächliche Möglichkeiten: der Verkäufer hat die Sache im Gewahrsam — er hat sie nicht im Gewahrsam; der Käufer ist in gutem Glauben — er ist nicht in gutem Glauben usw., in Rechnung zu stellen. Die Grundeinteilung hat dabei naturgemäß von der Subjektsbeziehung auszugehen. Es sind zunächst einmal die strafrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen Verkäufer und Eigentümer, sodann die zwischen Verkäufer und Käufer und zum Schluß die zwischen Käufer und Eigentümer näher zu untersuchen.

---

[1]) Streng zu scheiden ist besonders die Frage des Betrugs des Verkäufers zum Nachteil des Eigentümers der Sache vom Betrug zum Nachteil des Käufers, Erwerbers, was z. B. bei Eckstein a. a. O. 423 ff. völlig durcheinander geht.

Erstes Kapitel.

Delikt des Verkäufers dem Eigentümer gegenüber.

Beim wissentlichen Verkauf einer fremden Sache kann auf seiten des Verkäufers dem Eigentümer gegenüber nur ein Zueignungsdelikt — Unterschlagung oder Diebstahl (bezw. deren Abart: Notentwendung § 248 a) — in Betracht kommen. Zur Lösung der hierbei auftauchenden Fragen ist es nötig, zu dem sehr umstrittenen strafrechtlichen Begriff der Zueignung (s. darüber neuestens Sauer in GoltdArch. 68, 284 ff.) Stellung zu nehmen, wobei nicht etwa eine Behandlung dieser sehr schwierigen und weitschichtigen Probleme beabsichtigt ist, sondern lediglich eine kurze Übersicht über die wichtigsten Ansichten und eine Präzisierung der Anschauung erfolgen soll, von der die Arbeit im folgenden ausgeht, wobei übrigens abweichende Auffassungen, soweit sie unsere spezielle Frage berühren, fortlaufend Berücksichtigung finden werden.

Im allgemeinen herrscht Übereinstimmung darüber, daß im Begriff der Zueignung eine negative und positive Seite enthalten ist. (So schon Merkel in HH. 3, 698, vgl. 648 und besonders Binding a. a. O. 246, 264 ff.) Im übrigen gehen aber die Auffassungen weithin auseinander.[2])

A. Man meint wohl, daß bei Diebstahl ein Objektives, die Wegnahme, erforderlich ist, dagegen bei Unterschlagung von Sachen, die der Täter im Gewahrsam hat, eben deshalb zur Zueignung die Fassung eines bloßen Entschlusses (etwa des Willens, die Sache in einer der Eigentumsausübung analogen Weise zu gebrauchen) genügt, sogen. Theorie der Herstellung des „Eigentümerverhältnisses". So Höpfner a. a. O. 124, vgl. 22 ff.

B. Verneint man dies — wie überwiegend — und verlangt ein objektives Verhalten auch bei Unterschlagung solcher Sachen, so liegen die Differenzen hauptsächlich darin, ob die Zueignung vom Begriff des Eigentums aus zu bestimmen ist (formalistische Theorien) oder vom Wertbegriff aus (wirtschaftliche Theorien).

a) Die formalistischen Theorien weichen untereinander wieder wesentlich in der Richtung ab, ob in objektiver Beziehung abzustellen ist auf

---

[2]) Eine Übersicht und Kritik der verschiedenen Ansichten — in nicht immer einwandfreier Weise — bei Zimmer, Der Zueignungsbegriff 1 ff.

aa) Betätigung, Kundgebung des Eigentümerherrschaftswillens[3]) (oder ähnlich), so z. B. Binding a. a. O. 268 ff. („erste Betätigung ausschließlichen Herrschaftswillens", „Herrschaftsbetätigung unter grundsätzlicher Verneinung des Eigentümerwillens"); RGE. 4, 405; 5, 7 („den Willen, die Sache als eigene seiner Herrschaft zu unterwerfen, kundgibt"), 5, 253; 26, 439 u. a.; s. auch Meyer-Allfeld 501; Olshausen 11, 12 zu 246; oder

bb) auf Ausübung des Eigentumsinhalts, Vornahme einer Eigentümerverfügung (oder einer „nur dem Eigentümer zustehenden" Handlung, Verfügung), siehe z. B. v. Liszt 438 („Aneignung ist Ausübung des Eigentümerinhalts"); RGE. 11, 18 („wie ein Eigentümer über dieselbe verfügen ... will"), 12, 89; 16, 242; s. weiter RGE. 47, 149 („die dem Eigentümer kraft seines Eigentums zustehenden Rechte selbst auszuüben"); RGE. 5, 220 („Vornahme einer Handlung, welche nur dem rechtmäßigen Eigentümer zustand"), 10, 371; 29, 417; 43, 20.

b) Die wirtschaftlichen Theorien gehen bald von dem „objektiven" Wert aus (Geldwert, event. auch objektiver Gebrauchswert; vgl. Zimmer 49, 51), bald von dem „subjektiven" Wert.

aa) Das Erste z. B. bei Dörr, über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen, 1897 S. 83 (Zueignung sei „ein wirtschaftliches, ökonomisches Handeln ..., welches auf ökonomische Vorteile abzielt"), 76 (bei den Bereicherungsdelikten — vgl. S. 57 — sei die Handlung gerichtet auf die „rechtswidrige Bereicherung jemandes auf fremde Kosten").

bb) Das Zweite ist gerade neuerdings vielfach vertreten, wobei (ähnlich wie oben bei a)

α) bald ins Auge gefaßt wird eine Betätigung des Willens, gerichtet auf Wertsgewinnung, Verwertung, „Genuß", bald

β) ein als Verwertung, Wertsgewinnung sich objektiv darstellender Akt. Dabei wird aber zum Teil die Vollendung schon vorverlegt.

Zu α ist wohl zu stellen die Auffassung von Graf Gleispach 17 (Zueignung „der den Berechtigten ausschließende Genuß dieser Sache und ebenso jede Handlung, durch welche die Sache zu ausschließlichem Genuß gewonnen wird") und von Sauer,

[3]) Womit durchaus nicht zu verwechseln ist die vereinzelt (z. B. RGRspr. 3, 287) vertretene Ansicht, das objektive Verhalten habe nur die Bedeutung eines Indizes, schief in dieser Richtung Zimmer, bes. 35 ff. Die Auffassung als Indiz widerlegt sich selbst; s. dagegen Zimmer a. a. O. 41 ff.

„Schließen sich Diebstahl und Sachbeschädigung begrifflich aus?“ 1908 S. 73 ff. (Zueignung die „erste, vom Täter zwecks Verwertung für sich unter Entwertung oder Wertminderung für den Berechtigten über die Sache vorgenommene Verfügung“ — betr. den „subjektiven“ Wert s. S. 56 ff.: „Die Art der Verwertung wird durch die Bedürfnisse des Täters und durch die Fähigkeit der Sache zur Befriedigung dieser Bedürfnisse bestimmt“ oder „das Endziel des Diebes, die Bedürfnisbefriedigung, die Lebensförderung, der Genuß“, weiter „Bannung“ des Bedürfnisses“, 78: „Lebensförderung“ — „Lebensminderung“); s. aber jetzt denselben in GoltdArch. 68, 287 ff., wo er eine Wendung zu β vollzieht („wenn ein Verhältnis zur Sache hergestellt wird, das bei objektiver Beurteilung der konkreten Sachlage auf künftige Verwertung schließen läßt“).

Zu β) ist wohl zu stellen Frank 421 (Zueignung ist „Gewinnung der Sache ihrem wirtschaftlichen Wert nach, in der Absicht, andere davon auszuschließen“), 438 („Handlung, die tatsächlich eine Verwertung der Sache enthält und in der Absicht vorgenommen wird, dadurch den Berechtigten von ihrem Werte auszuschließen“) und Zimmer 108 („Die erste vom Täter für sich unter Entwertung oder Wertminderung für den Eigentümer vorgenommene Handlung, die an sich erforderlich ist zur Verwertung in der vom Täter beabsichtigten Weise“ — hier freilich abgeschwächt nach α hin).

c) Außerdem finden sich noch Kombinationen von a und b; so bes. v. Pradzynski, Das Verhältnis der Sachbeschädigung zur Aneignung (Gießener, Diss. 1908 S. 29 ff.: rechtliches und ökonomisches Moment in der Zueignung).

Gegen die Ansicht A, die bei der Unterschlagung von Sachen, die der Täter im Gewahrsam hat, zur Zueignung schon die Fassung eines bloßen Entschlusses für genügend erachtet, spricht, daß eine nuda cogitatio zur Deliktsbegehung nicht genügen kann (s. Zimmer 16 ff.: „Dem Verbrechen ist wesentlich eine Handlung, d. i. eine willkürliche Verursachung oder Nichthinderung einer Veränderung in der Außenwelt“).

Gegen B a aa, also gegen die Ansicht, daß zur Zueignung die Kundgebung des Eigentümerherrschaftswillens genüge, ist anzuführen, daß dabei eine Abgrenzung gegen die Sachbeschädigung schwierig ist, denn auch die Zerstörung der Sache ist Betätigung des Eigentümerwillens, vgl. Graf Gleispach 29.

Gegen B a bb spricht, daß die Ausdrücke „Ausübung des Eigentumsinhalts“, „Eigentümerverfügung“ usw. schwankend und zu allgemein gefaßt sind (was sind „nur dem Eigentümer zustehende Verfügungen?“); auch hier ist insbesondere die Abgrenzung

gegenüber der Sachbeschädigung schwierig, denn jede Sachvernichtung kann als Ausübung des Eigentumsinhalts, als eine dem Eigentümer zustehende Verfügung bezeichnet werden (vgl. Zimmer 48).

Die wirtschaftliche Theorie, die bei der Zueignung vom objektiven Geldwert ausgeht (B b aa), scheitert daran, daß auch Sachen ohne Geldwert (bezw. ohne objektiven Wert) Strafrechtsschutz genießen müssen (s. zu der Frage Dörr a. a. O. 91 ff.). So gelangt man schon per exclusionem zur Ansicht B b bb, zu einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise der Zueignung, die vom subjektiven Wert ausgeht. Positiv ist für diese Ansicht insbesondere anzuführen, daß sie sich durch die Ermöglichung einer Abgrenzung gegen Sachbeschädigung empfiehlt. Und zwar ist hierbei — unter Vermeidung des anfechtbaren Genußbegriffes bei Graf Gleispach (der Begriff „Genuß" steht nicht fest, vgl. Zimmer 66) — abzustellen auf den Begriff der Verwertung für sich, Entwertung oder Wertminderung zum Nachteil des Berechtigten, genauer auf die Abwandlung α, auf die Betätigung des Willens (nicht Indiz, daher ist der Wille daneben zu verlangen!) der Verwertung für sich unter Wertminderung oder Entwertung zum Nachteil des Berechtigten, des legitimen Eigentümers, da rein objektive Kriterien eines „Verwertungsaktes" sich wohl nicht aufstellen lassen, besonders nicht zwecks Abgrenzung gegen die Sachbeschädigung (vgl. z. B. den bei Zimmer 35 A. 1 erwähnten Fall, wo ein völlig Erblindeter lediglich zur Schädigung des Eigentümers dessen Gas verbrennt).

Von Wichtigkeit ist der gewonnene Zueignungsbegriff im folgenden besonders hinsichtlich des Moments der Vollendung, der nach dem oben erwähnten sehr verschieden fixiert wird, s. von der formalistischen Auffassung aus für frühe Ansetzung besonders Binding a. a. O., von der wirtschaftlichen besonders Sauer a. a. O., das Genauere ergibt sich hier vielfach erst durch die Darlegung der betreffenden Autoren im einzelnen, besonders bezüglich der einzelnen Fälle, s. z. B. Graf Gleispach 31, wo trotz des auf frühe Ansetzung deutenden Wortlauts seiner allgemeinen Fassung der Vollendungspunkt verhältnismäßig spät fixiert wird, s. besonders A. 2 betr. Kaufofferte.

I. Der Verkäufer hat Gewahrsam an der Sache.[4]

Hier erhebt sich die Frage, ob der Verkäufer durch den Ver-

---

[4]) Hierher gehört wohl auch der Fall, daß der Verkäufer Besitzdiener ist, s. näher unten S. 29 Anm. 21.

kauf nicht Unterschlagung begeht. Wir müssen aber hier näher scheiden.

§ 2.

1. Der Käufer ist bezüglich der verkauften Sache nicht in gutem Glauben (i. S. des Strafrechts).

Vorauszuschicken ist, daß wenn hier vom guten Glauben des Käufers die Rede ist, sofern nichts anderes gesagt ist, nicht der gute Glaube im zivilrechtlichen, sondern allein im strafrechtlichen Sinne in Betracht kommt; der Käufer ist dann nicht in gutem Glauben, wenn er weiß, daß der Veräußerer bezüglich der verkauften Sache nicht berechtigt ist, sonst liegt solcher vor, ohne daß das Wissenkönnen in Betracht kommt.

Verkauft jemand wissentlich eine fremde Sache, die er in Gewahrsam hat, an einen schlechtgläubigen Dritten, so erhebt sich, wie schon gestreift, die Frage, ob der Verkäufer nicht dadurch eine Unterschlagung begeht (über die Beteiligung des Käufers daran s. unten). Daß sich nun der wissentliche Verkauf einer fremden Sache, die der Verkäufer im Gewahrsam hat, regelmäßig als Unterschlagung darstellt, darf im allgemeinen als unbestritten gelten, vgl. Eckstein a. a. O. 415 (s. aber einschränkend denselben 420); Binding a. a. O. 353 Anm. (Unterschlagung, eine Ausnahme ist dann gegeben, wenn der Verkauf ausnahmsweise rechtlich gestattet ist oder er nur die Konsequenz einer früher schon vollzogenen Aneignung zieht. — Letzteres ist natürlich vorzubehalten, Unterschlagung durch Verkauf kommt nicht in Betracht, wenn der Veräußerer die Sache gestohlen, geraubt oder vorher schon unterschlagen hat und nun verwertet, vgl. Frank 179 unter γ; RGE. 39, 244, über einen Punkt in dieser Richtung s. unten unter C S. 21 ff.). Zu prüfen sind nun zwei Punkte.

A. Zunächst ist die Frage der Zueignung in der Richtung zu untersuchen, ob man wirklich sagen kann, der Verkäufer eigne sich die fremde Sache zu, wenn er dieselbe wissentlich an einen Dritten verkauft. Kann in solchem Verkauf der fremden Sache an den Dritten ein Sichzueignen der Sache seitens des Verkäufers liegen? Eignet sich hier nicht nur der Dritte die Sache zu? Kann durch (entgeltliche) Veräußerung der Veräußerer sich die Sache zueignen?[5] Diese Frage kann allgemein auf-

[5]) Ein Sichzueignen ist notwendig nach dem Wortlaut des Gesetzes, § 246 (ebenso § 242). Zum Teil wird die Ansicht vertreten, daß das „Sich" bei zueignen in §§ 246 (u. 242) nicht zu betonen sei, daß auch die Absicht genüge, einem Dritten zuzueignen; so Kohler, Leitfaden des Strafrechts 118 Z. 3; Harburger in Vergl. Darst. 6, 212 f. (mit einer Begründung, die unseren Fall nicht

geworfen werden,[6]) besonders scharf aber erhebt sich dieselbe für den Spezialfall einfacher Gestattung der Wegnahme seitens Dritter von in Gewahrsam des Täters befindlichen Sachen gegen ausdrücklich verabredetes oder stillschweigend vorausgesetztes Entgelt, im Gegensatz zur Übergabe solcher, in der doch immerhin eher noch ein Sichzueignen der Sache vor der Zueignung seitens des anderen erblickt werden kann. Die Frage ist nach der formalistischen Auffassung verhältnismäßig leichter zu entscheiden als nach der hier vertretenen wirtschaftlichen, besonders im Parallelfall der unentgeltlichen Veräußerung. Nach der formalistischen Betrachtungsweise ist hier dies Sichzueignen zu bejahen und darin zu sehen, daß, wenn der Verkäufer die Wegnahme der Sache gestattet, damit er über diese wie ein Eigentümer verfügt (oder ähnlich). Nach der hier vertretenen wirtschaftlichen Auffassung liegt das Sichzueignen der Sache darin, daß der Täter durch Gestattung der Wegnahme gegen Entgelt die Sache für sich verwertet zur Befriedigung seiner finanziellen Bedürfnisse (bei unentgeltlicher Veräußerung die Sache zur Befriedigung eines eigenen Liberalitätsbedürfnisses, insofern für sich, verwertet). Für das vertretene Resultat sprechen auch praktische Gründe, weil sonst die Handlung des Gewahrsamsinhabers, der wissentlich eine fremde Sache an Dritte verkauft, insbesondere ihre Wegnahme in der oben bezeichneten Weise gestattet, event. — falls nicht Betrug eingreift (worüber unten S. 23 ff. unter 2 B: es kommt dies nur bei Gutgläubigkeit des Käufers in Frage) [7]) — straflos wäre. (Diebstahl

---

trifft); Merkel in HH. 3, 649 (mit besonders schwacher Begründung, wie auch der im Resultat beitretende Harburger a. a. O. 213 A. 2 anerkennt); derselbe in Holtzendorffs Rechtslex. s. v. „Diebstahl" 1, 527, s. übrigens denselben Lehrbuch 318 unter c („den Interessen des Schuldigen dienstbar gemacht"); Villnow 18; vgl. auch die Entstehungsgeschichte des preuß. Strafgesetzbuches; Goltdammer, Materialien 2, 467 und die Motive zu §§ 237—243 des 2. Entw. z. RStGB. Bedenklich auch RGE. 5, 7. Diese Ansicht widerstreitet aber — bloß so hingestellt — dem offenbaren Wortsinn von § 246 (u. § 242); s. hiergegen Binding 270 unter d, 274; Olshausen 26 Abs. 2, 28 Abs. 2 zu 242; v. Liszt 439 ff.; Oppenhoff 42 zu 242; Voswinkel im Recht 11, 241; Wachenfeld 375. Es kann sich hier nur darum handeln, ob und wie weit darin, daß der Täter die Sache Dritten verschafft, ein Sichzueignen liegt (nicht scharf geschieden bei Frank 83; bei Harburger a. a. O.; bei der Schaffung des preuß. StGB. s. Goltdammer, Materialien a. a. O.). Eine andere Frage ist, ob sich nicht die Aufnahme von „oder einem anderen" de lege ferenda empfiehlt; s. dafür Sauer 90; Harburger 213 Anm. 3 u. a.; vgl. auch Goltdammer, Materialien a. a. O.

[6]) Besonders — s. darüber unten S. 58 ff. — auch bei Verkauf von Sachen, die nicht im Besitz oder Gewahrsam des Täters, sondern in fremden und ihm nur zugänglich sind, an gutgläubige Dritte.

[7]) Also in dem erst unter I, 2 zu behandelndem Fall, der aber hier schon gestreift werden mag.

läge nicht vor, schon weil der Täter ja im Gewahrsam ist, Beihilfe zu einem Aneignungsdelikt des Käufers nicht, wenn dieser, was hier allerdings nicht vorausgesetzt wird,[8]) in gutem Glauben handelt; s. Frank 421 unten, auch bei Bösgläubigkeit des Käufers — wie sie hier vorausgesetzt wird — entstehen besonders angesichts der positivrechtlichen Fassung des § 246 StGB. Schwierigkeiten hinsichtlich der naheliegenden Annahme von Beihilfe zu einem Aneignungsdelikt, speziell zu Unterschlagung seitens des Käufers, s. darüber näher unten S. 12 u. 13).

Aus der Literatur erklärt sich betreffend die allgemeine Frage, ob in der (besonders der entgeltlichen) Veräußerung fremder Sachen an Dritte ein Sichzueignen liegt, vom wirtschaftlichen Standpunkt bejahend besonders Frank 421 unter β. (Zueignung sei auch die Veräußerung und jedes andere Weitergeben der Sache, das sie dem Berechtigten entziehe. Geschehe das gegen Entgelt, so könne ein Zweifel schon deshalb nicht aufkommen, weil der Täter in dem Entgelt den wirtschaftlichen Wert der Sache ganz oder teilweise für sich erlangt — dies deckt sich wohl im allgemeinen mit dem oben Ausgeführten —. Es sei aber auch für den Fall des unentgeltlichen Weitergebens zu behaupten, denn auch dadurch gewinne der Täter einen Wert — welchen? —, daß er über die Sache nach Belieben verfügen könne. — Diese Äußerung ist undeutlich. — Man könne nicht einwenden, daß das Gesetz die Absicht fordere, die Sache „sich" zuzueignen, denn die Absicht des Weitergebens sei nur ein Ausfluß der eigenen Zueignungsabsicht — was freilich keine schlüssige Begründung ist, denn es handelt sich eben darum, ob ein „Weitergeben" vorliegt —); s. auch noch denselben 83. Vgl. weiter von diesem Standpunkt aus im Sinne der Bejahung Sauer, Diss. 88 ff. (Bejahung von Zueignung, weil Verfügung über den Tauschwert, den die Sache für ihn hat, ähnlich wie oben); Graf Gleispach 24 f., 26, 44 (Veräußerung als Form, in der sich der ausschließende Genuß der Sache vollzieht — sehr unklar, s. gegen ihn auch Sauer a. a. O. 89; Harburger a. a. O. 211; letzterer betreffend die unentgeltlichen Veräußerungen); Zimmer 118 ff. (Ausnutzung des Tauschwertes). Vom formalistischen Standpunkt aus bejahend: RGE. 5, 7 (das „sich zueignet" schließe von der Zueignung nicht eine Verfügung zugunsten Dritter aus — formalistisch, die Begründung ist bedenklich, s. oben S. 8 Anm. 5); 5, 220 (zur Zueignung bei Unterschlagung gehöre, daß der Inhaber der fremden Sache über dieselbe gleich dem berechtigten Eigentümer verfüge, ein solches, die Zueignung zum klaren

---

[8]) vgl. Anm. 7.

Ausdruck bringendes positives Handeln lasse sich in einem Rechtsakt, der sich als ein schenkweises Verfügen über die Sache zugunsten eines Dritten darstelle, unbedenklich erkennen — vom formalistischen Standpunkt aus plausibel, s. oben S. 8); 21, 17 (Diebstahl, rechtswidriges Sichzueignen durch Entnahme von Waren, um sie unentgeltlich anderen zu überlassen); GoltdArch. 56, 66 (der vorgenannten Entscheidung beitretend);[9]) RMG. 12, 119/120. Bejahend vom formalistischen Standpunkt weiter Binding a. a. O. 269 (Zueignungsakt sei die entgeltliche oder unentgeltliche Veräußerung), s. auch 278 (Verkaufen, Verschenken der nicht in seinem Gewahrsam befindlichen fremden Sache an gutgläubigen Dritten, der gutgläubige Dritte handle bei der Wegnahme in Ausführung des Willens des Täters, „der dahin geht, daß der Eigentümer durch Besitzentziehung enteignet werde, und daß er, der Täter, dadurch in den Stand komme, die Sache wie seine eigene dem gutgläubigen Dritten zuwenden zu können", Diebstahl); Hälschner 2, 352 (Absicht, sich die Sache zuzueignen, könne sich bei Unterschlagung betätigen in Veräußerung der Sache, weil die Handlung als Ausübung der angemaßten vollen und ausschließlichen Herrschaft über die Sache erscheine. Höchst seltsam ist die Stellungnahme von Eckstein a. a. O., der S. 415 es allgemein als zweifellos bezeichnet, daß in der Veräußerung einer besessenen fremden Sache eine Unterschlagung zu finden ist, S. 420 aber dann plötzlich unter einer ganz irreführenden Rubrik: „Delikt des Veräußerers gegen den Erwerber" die Behauptung aufstellt: für den Fall, daß der Veräußerer die Sache gutgläubig erworben habe, ohne Eigentümer geworden zu sein, nachträglich das Nichteigentum erfahren habe und nun die Sache veräußere, könne es sein, daß in der Veräußerung eine Unterschlagung zu erblicken sei, der Fall werde aber in Wirklichkeit nicht oft vorkommen (S. 421 sagt er schlechtweg, Unterschlagung liege nicht vor), der dolus des Veräußerers sei meist nicht darauf gerichtet, sich die Sache anzueignen, sie dem Eigentümer zu entfremden, sondern sich vor einer Entwehrung durch den Eigentümer zu schützen, der Täter wolle nicht den Eigentümer schädigen, sondern den Erwerber. Er leugnet also für einen Teil der Fälle den Zueignungsvorsatz; s. auch denselben noch a. a. O. 421, 424. Gegen Eckstein speziell ist zu bemerken: Es ist ganz unerfindlich, warum gerade in diesem Fall der mala fides superveniens Zueignungsvorsatz beim Verkäufer fehlen soll, er weiß doch, daß die Sache fremd und er zum Verkauf nicht berechtigt ist so gut wie in den anderen Fällen, will sie so gut

---

[9]) Anders in einem verwandten Falle RGE. 21, 111, s. unten S. 61.

wie in den anderen Fällen unter Ausschließung des Eigentümers als eigene behandeln (formalistisch) bezw. für sich verwerten (wirtschaftlich), auch sein Motiv — das Eckstein a. a. O. 420 betont —, den Schaden auf einen Dritten durch Veräußerung abzuwälzen, schließt doch den Zueignungsvorsatz in keiner Weise aus, sowenig wie seine — übrigens nur etwaige — Absicht, sich vor Entwehrung seitens des Eigentümers zu schützen; daß er den Erwerber schädigen will, trifft gar nicht stets zu, wie dieser auch objektiv wegen Erwerbs in gutem Glauben (so Eckstein selbst a. a. O.) oft gar nicht geschädigt wird, wenn Eckstein den dolus vermißt, die Sache dem Eigentümer zu entfremden mit dem Beisatz (a. a. O.) „so könnte man schließen, wenn der Veräußerer durch die Veräußerung dem Eigentümer die Wiedererlangung zu erschweren bezweckt", so schwebt ihm hier, wie es scheint, nicht das negative Moment des Zueignungsvorsatzes, das auch hier vorliegt, sondern eine Art Endzweck, den Eigentümer zu schädigen (s. auch das Folgende: der Täter „will nicht den Eigentümer schädigen"), vor, es ist aber davon gar keine Rede, daß § 246 einen solchen verlangt, er verlangt überhaupt keine „Schädigung" des Eigentümers![10]) Das Resultat Ecksteins ist entsprechend unbefriedigend: Da er bei solchem Verkauf Betrug zum Nachteil des Eigentümers verneint (s. unten S. 24), Betrug zum Nachteil des Käufers bei Eigentumserwerb desselben ausscheidet (s. unten 2. Kap.) und er in den oben genannten Fällen, wo der Verkäufer die Sache gutgläubig erlangt hat, nun auch Unterschlagung verneint, kommt er zu Straflosigkeit in diesen Fällen (anders bei fehlendem Eigentumserwerb des Käufers, hier S. 424: Betrug zum Nachteil des Käufers) und nimmt a. a. O. 421 nur zivilrechtliche Ersatzpflicht an.

Bezüglich der speziellen Gestaltung, daß der Täter die Wegnahme fremder Sachen in seinem Gewahrsam durch Dritte gestattet, erklärten sich für Bejahung der Zueignung vom wirtschaftlichen Standpunkt Frank III, 3 zu 246 (Gestattung der Wegnahme durch Dritte sei Zueignung auch in der Person des Gestattenden), Sauer in GoltdArch. 63,

[10]) Wenn Eckstein S. 421 außer dem bereits Erwähnten gegen Annahme von Unterschlagung noch anführt, es fehle meist das Bewußtsein, die Sache gerade durch die Übertragshandlung zu entfremden, d. h. Kenntnis von dem rechtmäßigen Eigentumserwerb (gemeint ist: des Käufers wegen dessen guten Glaubens), so gerät er völlig in eine Konfusion von Unterschlagung mit Betrug, wie sie sich schon im oben Gesagten andeutet, hinein: „zur Unterschlagung, Aneignung kann doch nicht erforderlich sein das Bewußtsein, daß der Eigentümer durch Eigentumserwerb seitens des gutgläubigen Dritten das Eigentumsrecht verliert, sondern nur, daß der Täter sich die Sache anmaßt".

291 (es sei die Gestattung der Wegnahme der Sache durch Dritte Zueignung, „nämlich Verfügung über ihren Tauschwert (Verkaufswert)“ — ähnlich dem oben Ausgeführten —, vom formalistischen Standpunkt RGE. 5, 218 (s. oben S. 9), RMG. 12, 119 ff., wo indes zweifelhaft ist, ob es sich gerade um Gestattung der Wegnahme handelt oder nicht vielmehr um Übergabe, auch handelt es sich nur um einen analogen Fall (wo ausgeführt wird, das Motiv des Täters bei Diebstahl und Unterschlagung sei für beide Delikte gleichgültig; „dasselbe kann ebensowohl lediglich auf Zuwendung der Sache an einen Dritten gehen. Auch wenn der Täter die fremde Sache stiehlt oder unterschlägt, um sie einem Dritten zu geben, bringt er sie zunächst in sein Vermögen, er verschafft sich den Eigenbesitz [BGB. § 872] und verfügt durch die Weitergabe an den Dritten über die Sache wie ein Eigentümer“; diese Begründung ist indessen nicht schlüssig — s. Sauer 88: „Die sofortige Veräußerung ist gerade das Gegenteil der Überführung der Sache in das eigene Vermögen des Täters“ — und speziell nicht schlüssig für den Fall der Gestattung der Wegnahme durch Dritte). Speziell mag noch besprochen werden die öfters schon angezogene, als Parallelfall[11]) interessante Entscheidung des RG. 5, 218, in der jemand dolos mit Bewilligung des Knechtes, der den Kohlenwagen seines Herrn fährt, Kohlen vom Wagen wirft, die dann von seinen Kindern aufgelesen werden. Hier hatte der Knecht, der den Wagen führte, Gewahrsam an den Kohlen, der Eigentümer, dem die Kohlen zugeführt wurden, dagegen an diesen weder Besitz noch Gewahrsam. Der Knecht hat nach dem Reichsgericht dadurch, daß er einwilligte, daß die Kohlen heruntergeworfen wurden, sie sich selbst rechtswidrig zugeeignet, unterschlagen; der, der die Kohlen herunterwarf, hat nach Reichsgericht Beihilfe zur Unterschlagung des Knechtes begangen. Nach Binding (a. a. O. 267 A. 2) begeht in diesem Falle der Knecht Beihilfe zur Unterschlagung des Herabwerfenden. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Binding führt aus, der Knecht habe die Kohlen nicht sich zueignen wollen, sondern lediglich sich derselben enteignen, dies sei der Endzweck seines Tuns gewesen. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß der Knecht durch die Gestattung der Aneignung der Kohlen keineswegs lediglich bezüglich dieser enteignen wollte, sondern, wie oben ausgeführt, diese für sich verwertete, und damit dieselben sich zueignete. Außerdem hatte der, welcher die Kohlen vom Wagen herunterwarf, doch keinen Gewahrsam an diesen, konnte also keine Unterschlagung begehen, da § 246 nach h. M. — Näheres s. unten S. 77 — verlangt,

[11]) Besonders hinsichtlich der S. 8 aufgeworfenen Fragen.

daß die Sache sich positiv im Besitz oder Gewahrsam des Täters befunden haben muß. Auch keinen Diebstahl, woran man denken könnte eben unter dem Gesichtspunkt, daß der, welcher mit Einwilligung des Knechtes die Kohlen herunterwirft, diese sich selbst zueignet, wobei der Knecht dann wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Diebstahl des Herunterwerfenden strafbar wäre. (Diese Konstruktion ist aber nicht zutreffend, ein Diebstahl seitens des Dritten ist deshalb nicht gegeben, weil eine Wegnahme nach § 242 gar nicht vorliegt, wenn die Aufhebung des bisherigen und die Erlangung des eigenen Gewahrsams an der Sache mit Zustimmung des bisherigen Gewahrsamsinhabers erfolgt ist. Diebstahl kann nur an einer in fremdem Gewahrsam stehenden Sache unter Bruch dieses begangen werden; der Eigentümer der Kohlen hatte aber an diesen weder Gewahrsam noch Mitgewahrsam, Gewahrsam an den Kohlen hatte lediglich der Knecht, mit der Einwilligung des Knechtes entfällt also die „Wegnahme", der Gewahrsamsbruch, es liegt daher kein Diebstahl seitens des Herabwerfenden vor. Man käme also hier bei Verneinung einer Zueignung durch den Knecht zu dem unhaltbaren Resultat, daß zunächst überhaupt Straflosigkeit anzunehmen wäre. Strafbarkeit träte bezüglich des dolos Herabwerfenden als Täters und des Knechtes als Teilnehmers dann erst (wie bei Fundunterschlagung) mit einem der Gewahrsamserlangung nachfolgendem Aneignungsakt seitens des ersteren ein (was allerdings mit der fehlerhaften, auch in der Auslegung bestrittenen Fassung des § 246 zusammenhängt; darüber s. unten S. 77 f.).

B. Wenn nun auch, wie ausgeführt, im wissentlichen Verkauf einer fremden Sache, die der Verkäufer in Gewahrsam hat, im allgemeinen ein Sichzueignen und infolgedessen eine Unterschlagung zu erblicken ist, so macht doch im einzelnen noch die Beantwortung der Frage Schwierigkeiten, wann, in welchem Zeitpunkt hier die Unterschlagung jeweils perfekt ist, ob erst mit der Übereignung der Sache durch Übergabe, oder schon mit dem Kaufabschluß oder schon durch das Angebot der Sache zum Kauf oder gar in noch früher liegenden äußeren Akten, ja vielleicht schon mit der Fassung des bloßen Entschlusses, die Sache zu veräußern. Die Frage: wann eine Unterschlagung vollendet ist, ist namentlich bei Beteiligung Dritter von erheblicher Bedeutung, hier insbesondere dafür, ob der Käufer sich durch Ankaufen der Sachhehlerei des § 259 StGB. oder der Beihilfe zur Unterschlagung schuldig macht (s. darüber unten im 3. Kapitel).

a) Der oben S. 3 erwähnten Ansicht von Höpfner (Diebstahl und Unterschlagung 124 ff.), der die Zueignung bei Unter-

schlagung im Gewahrsam des Täters stehender Sachen schon in der Fassung des Willensentschlusses sieht, die Sache in einer der Eigentumsausübung analogen Weise zu gebrauchen, kann, wie erwähnt, nicht beigetreten werden. Nach Zivilrecht ist es allerdings möglich, daß an das bloße Vorhandensein innerer Zustände sich Rechtsfolgen knüpfen (z. B. nach §§ 932 ff. BGB. an die Gut- oder Bösgläubigkeit), nach Strafrecht gehört dagegen zum Verbrechen die äußere Handlung und ist die nuda cogitatio nicht genügend, die Strafe daran zu knüpfen; vgl. in dieser Richtung Zimmer 16 f.

b) Wenn man mit RGRspr. 3, 286[11]) äußere Akte als bloßes Indiz für das Vorliegen des Zueignungswillens verlangen würde, z. B. Mitteilung an einen Freund, man wolle die Sache für sich verwerten, so wäre hier immerhin schon etwas Objektives gefordert, aber selbst diese Ansicht ist[12]) nicht haltbar, wie Zimmer 41 ff. insoweit zutreffend ausführt, dagegen spricht schon der Wortsinn des Ausdrucks „Zueignung". Vielmehr ist eine äußere, aktuelle Betätigung, äußere aktuelle Auswirkung des Zueignungswillens erforderlich, nach der oben (S. 6) vertretenen Auffassung des Verwertungswillens.

c) Als solche Betätigung ist andrerseits bei der vorausgesetzten Sachlage (wissentlicher Verkauf einer fremden Sache) jedenfalls die Übereignung der fremden Sache an den Käufer, besonders durch Übergabe, anzusehen. Anders — eigenartig und alleinstehend — ist die von Zimmer a. a. O. 121 entwickelte Auffassung: bei entgeltlicher Veräußerung einer Sache an einen Dritten — nicht ihren Eigentümer (in diesem Fall, der auch möglich ist, soll mit Abschluß des Kaufvertrages nur versuchte Unterschlagung vorliegen, vollendete jedenfalls mit Preiszahlung) — soll nach ihm weder die Offerte zum Abschluß des obligatorischen Veräußerungsvertrages, noch der Abschluß dieses Vertrages selbst, nicht Übereignungsofferte, nicht einmal die Übereignung selbst, falls sie unwirksam ist, eine Rechtsgutsverletzung zur Folge haben, sondern nur die wirksame Übereignung, mithin vollendete Zueignung nur bei letzterer vorliegen, und weiterhin noch dann, wenn bereits infolge der zeitweisen Entziehung der Befriedigungsmöglichkeit zum Zwecke der Verwertung der Erfolg der Rechtsgutsverletzung eingetreten ist. Diese Ansicht von Zimmer hängt mit seinem Verlangen einer „Rechtsgutsverletzung" zusammen, vgl. denselben S. 87 ff., bes. 89 bei A. 1; damit ist aber in dem Sinne, wie er es versteht, zu viel verlangt.

---

[11]) s. oben S. 4 Anm. 3.

[12]) Wie schon oben a. a. O. angedeutet.

Eine „Wertminderung“ jedenfalls kann schon in dem oben Erwähnten liegen.

d) Aber weiter wohl regelmäßig, sofern nicht eine ganz besondere Gestaltung der konkreten Umstände, besondere Nebenverabredung (s. unten) vorliegt, auch schon der Abschluß des Kaufvertrages. Bereits im Kaufabschluß ohne Übergabe der fremden Sache wird Zueignung und damit vollendete Unterschlagung erblickt werden können. Schon damit nimmt der Täter eine Handlung vor, die als Betätigung des Verwertungswillens hinsichtlich der fremden Sache, die er in Gewahrsam hat, unter Wertminderung zum Nachteil des Eigentümers erscheint. So Frank S. 439 V, Olshausen 16 zu 246 (nach dem der Verkauf sich „in der Regel“ als Zueignungsakt darstellt), so auch RGE. 11, 18 ff. (das ausführt, daß darin zwar „regelmäßig“, aber nicht notwendig eine Zueignung der Sache im Sinne des § 246 StGB. zu finden sei), ähnlich weiter RGE. 17, 59 (gegen diese Entscheidung als zu weitgehend Rönnberg im Recht 10, 1416 f.). Hier schloß ein Müller mit einem Dritten einen Kaufvertrag über Getreide ab, welches dem Müller zum Vermahlen übergeben war. Tags darauf überbrachte der Müller das Getreide dem Käufer. Die Frage, wann die Unterschlagung vollendet war, ist vom Reichsgericht dahin beantwortet worden, Zueignungshandlung bestehe in Betätigung der Verfügungsgewalt, diese könne ohne Rechtsirrtum schon im Kaufabschluß gefunden werden. Die Entscheidung ist im Ergebnis richtig, bereits mit dem Kaufabschluß und nicht erst mit der Übergabe an den Dritten lag Zueignung des Getreides durch den Müller vor. Natürlich läßt sich nicht die Regel aufstellen, daß stets im Fall des wissentlichen Verkaufs einer fremden Sache, die der Verkäufer in Gewahrsam hat, bereits mit dem Abschluß des Kaufvertrages die Zueignung vollendet ist und somit vollendete Unterschlagung vorliegt. Bei der Beurteilung kommt es immer auf den konkreten Sachverhalt des Einzelfalles an, gerade von unserer Auffassung (Betätigung des Verwertungswillens) aus. So namentlich, wenn mit dem Kaufvertrag noch Nebenverabredungen zwischen Verkäufer und Käufer verbunden sind, wie z. B. Verkauf unter Vorbehalt des Rückkaufs und ähnliche Fälle. Gerade hier kommt es (ähnlich wie bei der Verpfändung) ganz auf die Umstände des einzelnen Falles, auf den Wortlaut der Verabredung, auf die Vermögensverhältnisse des Verkäufers usw., die die daraus zu ziehenden Schlüsse an zur Feststellung, ob der Täter den Willen der Verwertung für sich, Wertminderung oder Entwertung zum Nachteil des Berechtigten gehabt und durch den Kaufabschluß betätigt hat. Will sich der Verkäufer beim Vorbehalt des Rückkaufs nur die

Möglichkeit der Wiedereinlösung sichern für den Fall, daß er vielleicht auf Grund geänderter Vermögenslage dazu noch in den Stand kommen sollte, so dürfte mit dem Abschluß eines derartigen Kaufvertrages trotz des Vorbehaltes die Unterschlagung vollendet sein. Natürlich ist vollends letzteres der Fall, wenn der Verkäufer sich nur zum Schein das Rückkaufsrecht vorbehält. Anders aber liegt der Fall, wenn der Verkäufer die Verwertung für sich unter Wertminderung für den Eigentümer innerlich ablehnt, nur unbeschadet der Rechte des Eigentümers über die Sache verfügen will; hier ist Zueignung zu verneinen. So ist z. B. der Fall gelagert, der vom RGE. 11, 17 entschieden wurde. Der Angeklagte hatte hier in der Nähe eines Gasthofes eine Pferdeleine gefunden, den Fund dem Hausknecht des Gasthofs angezeigt und dieser ihm die Benachrichtigung des Eigentümers zugesagt. Die Leine hatte der Angeklagte dann an einen Dritten, dem er den Fund der Leine mitteilte, mit der Verabredung verkauft und übergeben, daß, im Falle der Eigentümer die Leine zurückverlange, der Käufer sie herausgeben und vom Verkäufer den Kaufpreis zurückverlangen solle. Hier liegt allerdings eine Verwertung der Sache durch den Finder vor, jedoch ohne Entwertung oder Wertminderung für den Eigentümer. Der Verkäufer wollte nur unbeschadet der Rechte des Eigentümers über die Sache verfügen. Eine Absicht des Finders, den Eigentümer von dem Wert der Sache irgendwie auszuschließen, liegt hier nicht vor, denn der Nebenvertrag war nicht zum Schein eingegangen, sondern ernstlich gemeint, der Verkäufer war, wie sich auch aus seinen Vermögensverhältnissen ergab, willens, die im Nebenvertrag übernommene, die Wahrung der Rechte des Eigentümers bezweckende Verabredung eventueller Rückgabe der Sache gegebenenfalls zu realisieren (das Reichsgericht hatte zurückverwiesen unter s u b j e k t i v e m Gesichtspunkt, weil fraglich sei, ob nicht dem Angeklagten das B e w u ß t s e i n, durch den Verkauf das Recht des Eigentümers zu verletzen, gemangelt habe). Die Fälle eines Verkaufs unter Vorbehalt des Rückkaufs können also ganz verschieden gelagert sein, es muß daher die Frage, ob in dem Verkauf einer fremden Sache unter Vorbehalt des Rückkaufs Unterschlagung zu finden ist, je nach der Art der konkreten Sachlage verschieden beantwortet werden. Entsprechend liegt die Sache bei ähnlichen Nebenabreden; s. dazu RGE. 11, 18 (bedingte Wiederauflösung des Vertrages, dem Käufer gemachte Auflage: bei derartigen Nebenabreden könne „der Wille des Verkäufers zum Ausdruck gebracht sein, nur unbeschadet der Rechte des Eigentümers über die Sache zu verfügen, die definitiven Wirkungen des Verkaufes von dem Entschlusse des Eigentümers

abhängig zu machen"). Siehe in dieser Richtung, daß im Kaufabschluß in derartigen Fällen je nach den Umständen Zueignung vorliegt oder nicht, auch Olshausen 16 zu 246, v. Schwarze 12a zu 246, Hälschner a. a. O. 2, 353 (Verkauf unter Vorbehalt des Rückkaufs sei „bedingungsweise" als Zueignung anzusehen), Schwartz 4a zu 246, Rotering im GerS. 36, 565; Meyer-Allfeld 502 A. 41 (Veräußerung unter Bedingung des Rückkaufs stellt möglicherweise nur ein Gebrauchmachen, nicht Zueignung, dar); Kapff, Die Unterschlagung, Diss. Tüb. 1879 91 ff. (derjenige entgehe nicht der Strafe der Unterschlagung, „welcher sich mit diesem Vorbehalt nur die Möglichkeit der Wiedereinlösung für den Fall sichern will, daß ihm vielleicht noch zur rechten Zeit die nötigen Mittel zufließen sollten"), s. noch preußisches Obertribunal in Oppenhoffs Rspr. 14, 682 ff.; 15, 550 (Bejahung von Unterschlagung, ob schlechtweg?).

e) Wenn man sonach unter allgemeiner Zustimmung annehmen darf, daß, von besonders gelagerten Ausnahmetatbeständen abgesehen, der Abschluß eines Kaufvertrages über eine, im Gewahrsam des Verkäufers befindliche fremde Sache sich als Zueignung darstellt, und damit die Unterschlagung vollendet ist, so ist dagegen die Frage, ob schon mit dem Angebot der Sache zum Kauf Unterschlagung vorliegt, sehr bestritten.

aa) Vorbereitungshandlung sieht hierin preußisches Obertribunal in GoltdArch. 22, 502 (wenigstens event.; nach Umständen nur Vorbereitungshandlung, s. aber unten ad cc).[13])

bb) Andere sehen hier nur Versuch der Unterschlagung, so Goltdammer in GoltdArch. 2, 558, Rotering im GerS. 36, 571 (der Erfolg fehle). So führt weiter Hälschner (gem. d. Strafrecht 2, 351) aus, das Angebot einer Sache zum Kauf, die der Anbietende in Gewahrsam habe, erscheine nicht als Zueignungshandlung, denn nicht jede Kundgebung der Absicht, sich die Sache zuzueignen, sei an sich selbst Zueignungshandlung. S. 362 bemerkt er, als versuchte Unterschlagung werde insbesondere die versuchte Veräußerung der Sache zu betrachten sein, das erfolglose Anerbieten der Sache zum Kauf, zum Geschenk. Dem ist entgegenzuhalten, daß im Angebot zum Kauf nicht lediglich ein „Kundgeben" der Zueignungsabsicht zu sehen ist, im Sinne des bloßen Indizes (s. oben S. 4 A. 3), sondern daß durch die Offerte der Täter den ersten Schritt unternimmt, die

[13]) Betreffend RGE. 17, 59 (= R. 10, 33) ist es unerfindlich, wie Eckstein a. a. O. 416 Anm. 11 diese „Entscheidungen" — es ist nur eine — zu aa stellen kann, dieselbe sagt keineswegs, daß immer erst im Kaufabschluß vollendete Unterschlagung liege, ebenso falsch ist das dort betreffend Olshausen Bemerkte.

Sache unter Ausschluß des Eigentümers für sich zu verwerten, also den Verwertungswillen im oben besprochenen Sinn betätigt. Die bloße indizierende Kundgebung der Absicht würde allerdings, wie oben (a. a. O.) ausgeführt, nicht genügen. Hier liegt aber der Fall wesentlich anders. Keine vollendete Unterschlagung, nur versuchte sieht in solchem Angebot weiter (vom wirtschaftlichen Standpunkte ausgehend) Gleispach a. a. O. 30 bei u. in A. 2, 31, bes. A. 2 (von seiner oben S. 4 angegebenen Definition der Zueignung aus). Irgendein tatsächliches Hindernis müsse bereits geschaffen sein, damit von Ausschließung des Eigentümers, vom Genuß die Rede sein könne, die Sache sei „zu ausschließendem Genuß gewonnen erst, wenn gegen die Einwirkung des Eigentümers eine Schranke errichtet sei, „erfolgt die Zueignung durch den Genuß selbst, dann ist sie natürlich erst mit der Vollendung des ausschließenden Genußaktes vollendet; aber darum z. B. niemals durch bloße Verkaufsofferte, sondern erst durch den Verkauf selbst". Auch Gleipach verlangt (ähnlich wie Zimmer, s. S. 14) in negativer Richtung zu viel, seine Formel des ausschließenden Genusses ist auch nichts weniger als klar und richtunggebend (s. auch Zimmer a. a. O. 66). Frank S. 439 sieht in dem Angebot der Sache zum Verkauf ebenfalls lediglich eine versuchte Unterschlgung. Vgl. auch noch Merkel in HH. III 745 A. 8 (angekaufte Sache sei nicht bereits durch strafbare Handlung ererlangt), und analog RGE. 2, 69 f. = RGRspr. I, 831 f. (keine Hehlerei betr. als Darlehen hingegebene fremde Wertpapiere, weil Zueignung seitens des Unterschlagenden mit Ansichbringen in demselben Akte zusammenfalle, Hingabe als Darlehen und Annahme als solches).

cc) Andere sehen im Angebot einer Sache je nach Umständen vollendete Unterschlagung oder nur versuchte (zum Teil auch: oder nur Vorbereitungshandlung aa), so Meyer-Allfeld 504 bei A. 55 (häufig vollendete Unterschlagung), Olshausen 12c zu 246 (nicht notwendig sei unmittelbare körperliche Einwirkung auf die Sache, es „genügen auch andere Handlungen, sofern sie nur den Zueignungswillen erkennen lassen"; unter dieser Voraussetzung genügen namentlich auch mündliche Äußerungen, so das Angebot zum Kauf), Kapff 93 (läßt die Umstände des einzelnen Falles entscheiden), RMGE. 19, 61 (im Kaufangebot kann Betätigung des Zueignungswillens zutage treten, es kann daher darin vollendete Unterschlagung enthalten sein), Sammlung von Entscheiduugen des Obersten Gerichtshofs für Bayern 3 (1874) 316 f. (bejaht in concreto vollendete Unterschlagung durch Verkaufsanerbieten), Sammlung von Entscheidungen des OLG. München 2 (1889) 185 ff. (im Anbieten zum Ankauf

könne Zueignung gefunden werden). Vgl. noch preußisches Obertribunal in GoltdArch. 20, 554 (nach konkreter Sachlage zu entscheiden, ob Zueignung schon durch bloßes Anbieten); 22, 502 = Oppenhoff, Rspr. 15, 408 (je nach Umständen Vollendung, Versuch, Vorbereitung), preußisches Obertribunal in GoltdArch. 26, 214 ff. = Oppenhoff, Rspr. 19, 194 (je nach konkreter Sachlage Unterschlagung schon im Angebot, zu cc ist wohl auch zu stellen das. 16, 555 (obwohl schlechtweg Unterschlagung bejahend), ferner noch Schwarze 12a zu 246 (steht dd sehr nahe: Angebot an den Dritten, die Sache zu kaufen, nicht erst Tradition an den Käufer werde zumeist die Zueignungsabsicht dokumentieren), Schwartz 4 zu 246, Wachenfeld, Lehrb. 386 (ebenso: „Auch in dem Anbieten wird vielfach schon eine Zueignung zu finden sein. Aber unmöglich ist der Versuch nicht").

dd) Eine vierte Ansicht erblickt stets schon vollendete Unterschlagung im Angebot. So Sauer in GoltdArch. 63, 290 vom wirtschaftlichen Standpunkt aus: Angebot der Sache zum Kauf sei Zueignungsakt (weil das Angebot zum Kauf die Veräußerung — Verwertung — erwarten lasse), vom formalistischen Standpunkt aus Eckstein in GoltdArch. 59, 416 (Strafbarkeit als Unterschlagung bestehe mit der ersten Handlung, mit der der Täter sich als Eigentümer geriere, „diese Handlung liegt stets in dem Veräußerungsangebot — sofern die Sache als eigene angeboten wird —, vielfach aber schon früher"), Binding a. a. O. 270 (Offerte zum Verkauf vollendete Zueignung, sofern Täter Sache als eigene anbietet), Höpfner 126, Gudewill 36. Die letztgenannte Ansicht ist zutreffend für die Regel (s. oben d): im Angebot zum Kauf ist schon eine Handlung zu sehen, die den Willen des Täters, die Sache für sich unter Ausschluß des Eigentümers zu verwerten, betätigt. Die erste Verwertungshandlung für sich, als welche sich das Angebot zum Kauf darstellt, erscheint damit vollständig in sich abgeschlossen. Mit der durch die Offerte erzeugten Gebundenheit des Verkäufers an diese wird andrerseits der Wert der Sache für den Eigentümer vermindert, sofern dadurch das Zurverfügungstehen beeinträchtigt wird. Beides auch, wenn der Inhaber die Sache zwar zum Verkauf anbietet, sein Angebot aber abgewiesen wird; nicht ist etwa darin dann versuchte Unterschlagung zu sehen, denn die Abweisung seitens eines anderen kann doch die Tat nicht nachträglich zum Versuch stempeln.[14]) Praktische Bedenken gegen die hier ver-

[14]) Undeutlich in dieser Richtung Kapff 93, der scheinbar die Annahme von Versuch davon abhängig macht, ob die Offerte zurückgewiesen wird (keine vollendete, nur versuchte Unterschlagung „wohl auch in dem Fall, wo der Inhaber die Sache durch Veräußerung derselben für sich verwerten und dem Eigentümer entziehen

tretene Auffassung finden sich bei Graf Gleispach 31 A. 2: Es gebühre dem Straflosigkeit — unter dem Gesichtspunkt des Rücktritts vom Versuch —, der z. B. eine anvertraute Sache zum Verkauf ausbietet, dann aber sich eines besseren besinnt und die Offerte widerruft, oder die Sache dem Berechtigten zurückstellt, bevor es zum Abschluß des Kaufes gekommen ist.

Allein das bei Graf Gleispach Ausgeführte ist nur geeignet, auf eine Lücke in unserem Strafrecht hinzuweisen, daß nämlich hier die tätige Reue bei Vermögensdelikten (z. B. Rückgabe der gestohlenen Sache) nicht Strafaufhebungsgrund ist, wie dies anderwärts der Fall ist.

f) Aber nicht nur das Angebot zum Kauf stellt eine vollendete Unterschlagung dar, sondern unter Umständen ist dies der Fall auch bei diesem vorangehenden Handlungen des Verkäufers, sofern man eben darin bereits eine Betätigung des Verwertungswillens in diesem Sinne erblicken kann, so z. B. bei öffentlichem Ausbieten einer Sache zum Kauf durch Inserat, überhaupt bei Aufforderung, Offerten zu machen, Beauftragung anderer mit dem Verkauf (s. auch RMG. 18, 216: vollendete Zueignung könne im Übersenden mit dem Auftrag zu verkaufen, erblickt werden), Zurüstung der Sache zum Verkauf durch Auffrischung u. ä. So z. B. wenn ein Fahrradhändler ein Fahrrad, das ihm zur Aufbewahrung übergeben wurde, neu lackieren läßt, um es als neu zu verkaufen, ein Altertumshändler Sachen, die ihm zur Einschätzung des Wertes übergeben wurden, auffrischen läßt, um sie als eigene abzusetzen. Diese weite Auffassung des Zueignungsbegriffes vertritt vor allem Eckstein in GoltdArch. 59, 416 (vom formalistischen Standpunkt aus: erste Handlung, mit der der Täter sich als Eigentümer geriert). Der Wille, die Sache für sich zu verwerten, hat sich hier schon betätigt und es bedeuten solche Manipulationen auch schon eine Wertminderung für den Eigentümer, eine Beeinträchtigung des Zurverfügungstehens. Vielfach wird hier die Feststellung, ob lediglich eine Vorbereitungshandlung, Versuch der Unterschlagung oder vollendete Unterschlagung vorliegt, schwierig sein, es sind dafür die Tatumstände jedes einzelnen Falles entscheidend. Wer z. B. ein geliehenes Buch, das er zu verkaufen beabsichtigt, beiseite legt und in Papier einschlägt, begeht weder Unterschlagung noch Unterschlagungsversuch, seine Tätigkeit besteht lediglich in einer straflosen Vorbereitungshand-

will, die Ausführung dieser seiner Absicht ihm aber wegen Abweisung seiner Offerte mißlingt. Ich möchte deshalb nicht . . . in jedem Verkaufsanerbieten eine vollendete Zueignung erblicken, vielmehr . . . die Umstände des einzelnen Falles entscheiden lassen").

lung, weil weder aktuelle Betätigung des Verwertungswillens (Vollendung) noch Anfang mit solcher (Versuch) vorliegt.

C. Es ist in diesem Zusammenhang noch der wissentliche Verkauf einer fremden Sache, deren Gewahrsam vorher deliktisch, genauer betrügerischerweise erlangt war, zu besprechen. Ist hier Konkurrenz beider Delikte, des Betrugs und der Unterschlagung, gegeben? Oder liegt nur eines oder das andere vor? Und wenn Konkurrenz: Real- oder Idealkonkurrenz? Sind alle Fälle gleichzubehandeln oder ist zu scheiden? Man hat hier verschiedene Sachlagen geschieden, wovon zunächst in Form von Beispielen auszugehen ist.

a) Einmal: Es erbittet sich jemand unter der falschen Vorspiegelung einer wissenschaftlichen Arbeit eine wertvolle alte Urkunde zur Einsicht, die deren Eigentümer sonst, vollends zu dem wirklich vom Gesuchsteller verfolgten Zwecke, nie aus der Hand gegeben hätte, um bei einem Dritten durch Vorzeigen derselben einen günstigen Eindruck seiner Vermögensumstände zu erwecken. Der Eigentümer tritt dann ein paar Tage später eine längere Reise an und denkt nicht mehr an die Urkunde; der Besitzer, der von der Abwesenheit des Eigentümers hört, kommt jetzt auf den Gedanken, die Urkunde zu verkaufen, und tut dies. Hier hatte der Entleiher nicht von vorneherein die Absicht, die Urkunde sich anzueignen, er wollte nur ihren Gewahrsam sich verschaffen. Erst durch den nachfolgenden Verkauf eignet er sich die Sache an, in Auswirkung des der Erlangung des Gewahrsams nachgefolgten, erst später gefaßten Entschlusses, sich die Sache zuzueignen.

b) Sodann: die Sache liegt so, daß der Entleiher der Urkunde von vorneherein den Entschluß gehabt hat, die Urkunde sich anzueignen, er sie in seinen Gewahrsam bringen wollte, um sie z. B. an einen bestimmten, ihm bekannten Liebhaber oder bei der ersten besten Gelegenheit zu veräußern.

In beiden Fällen a und b ist das, was er sich erschlichen hat, nur der Gewahrsam der Sache, nur bezüglich dieses liegt „Willensmißbrauch" [15]) vor, nur ihn wollte der Eigentümer, durch die Täuschung bestimmt, ihm übertragen, nur in seinem Verlust besteht die Schädigung des Eigentümers infolge von Täuschung — ein Betrug, wenn man den Gewahrsam (wie richtig, aber bestr., s. die Angaben unten S. 66 darüber, daß seine Entziehung Vermögensschädigung ist, darüber, daß seine Gewinnung Vermögensvorteil ist; s. z. B. Meyer-Allfeld 547 und das dort A. 47 Zit.) als Vermögensobjekt auffaßt. Dagegen hat sich die

---

[15]) vgl. Hegler, Archiv für Rechtsphilos. 10, 160.

Vermögensverschiebung bezüglich der in Gewahrsam des Täters gelangten Sache selbst, die Enteignung und Aneignung desselben, über den Kopf des Eigentümers weg vollzogen, durch Willensumgehung.[16]) Er wollte nur Gewahrsam übertragen, der andere hat sich ohne seinen Willen und sein Disponieren die in seinen Gewahrsam gelangte Sache zugeeignet — eine Unterschlagung (vgl. in dieser Richtung Hegler, Vergl. Darst. 7, 443; ders., Archiv für Rechts- u. Wirtschaftsphil. 9, 377). Es liegt also hier in beiden Fällen an sich nachfolgende Unterschlagung, Realkonkurrenz mit Betrug vor; vgl. Hegler, Vergl. Darst. a. a. O.; ders. im Archiv a. a. O. 377 (unter Hinweis darauf, daß ohne die Täuschung der Täter einen Diebstahl hätte begehen müssen, nun zerlege sich dieser: „statt Diebstahl begeht er das leichtere Delikt Unterschlagung, aber plus Betrug, der die Gewahrsamsverschiebung deckt"). Man kann nun nur noch die Frage aufwerfen (s. Hegler im Archiv a. a. O.), ob nicht im zweiten Falle, in dem der Betrug als „Vorakt" erscheint, Konsumtion des Betruges anzunehmen ist („Es wäre dies, wenn man unter Konsumtion versteht das im Sinne des Gesetzes gegebene Mitabgegolten sein eines getrennten, an sich einen anderen Deliktsbegriff erfüllenden Aktes als eines normalen Vor-, Neben- oder Nachaktes, speziell der Fall konsumierten Voraktes. Als Vorakt der Unterschlagung wäre die betrügerische Besitzerlangung hier im Sinne der Unterschlagungsbestimmung durch deren Anwendung mitabgegolten"). Es hängt dies von der hier nicht zu erörternden Frage der Auffassung der Konsumtion überhaupt ab, ist aber wohl zu verneinen. Für Annahme einer solchen Realkonkurrenz von Betrug und Unterschlagung in beiden Fällen sprechen auch praktische Gründe. Tatsächlich wird es oft schwer sein, festzustellen, ob die Absicht der Zueignung der Sache beim Täter schon von vorneherein feststand, oder ob er erst später diesen Entschluß faßte. Beurteilt man den Fall, in dem Zueignungsabsicht beim Täter von vorneherein gegeben war, lediglich als Unterschlagung, den anderen als Realkonkurrenz von Betrug u. Unterschlagung, so kommt man zu dem unbefriedigenden Ergebnis, daß der bessere Mensch, d. h. der, welcher sich zunächst nur den Gewahrsam verschaffen wollte und erst später der Versuchung erlag und den Entschluß faßte, sich die Sache zuzueignen, wegen Betrug in Realkonkurrenz mit Unterschlagung, der schlechtere Mensch, der von Anfang an die schlimmsten Absichten hegte, den Gewahrsam von Anfang an in Aneignungsabsicht sich erschlichen hat, dagegen nur wegen Unterschlagung zu bestrafen wäre, der erste also insofern schwerer, als die Verurteilung

---

16) vgl. Hegler a. a. O.

hier erfolgte wegen zweier verschiedener Delikte und darunter einem der Unterschlagung gegenüber schwereren Delikt (auch der qualifizierten Unterschlagung, § 246 Abs. 1, zweiter Fall insofern schwerer, als bei Betrug Kumulation der Geldstrafe möglich ist, vgl. weiter das höhere Maximum bei mildernden Umständen § 263 Abs. 2, vgl. 1 einerseits, § 246 Abs. 2 andererseits, die Rückfallsstrafe bei Betrug, nicht bei Unterschlagung, die Bestimmung des § 247 StGB. nur bei Unterschlagung).

Die Ansichten über die Behandlung dieser Fälle gehen bekanntlich sehr auseinander. Wenn im zweiten Fall (so Olshausen 56 e II β zu 263; RGE. 15, 426 — im ersten Fall Realkonkurrenz von Betrug und Unterschlagung annehmend —) oder sogar in beiden Fällen (so Kapff a. a. O. 72 ff.) lediglich Betrug bejaht worden ist, so ist diese Ansicht deshalb nicht zutreffend, weil die Zueignung der Sache in beiden, auch im zweiten Fall unabhängig von dem durch die Vorspiegelung beeinflußten Willen des Eigentümers erfolgte. Wenn vielfach bloß Unterschlagung angenommen wird, so in beiden Fällen von Frank VI, 1 b zu 263; Hälschner 2, 269; Merkel in H. H. 3, 697 f., 764; Binding a. a. O. 277, 354 f.; Eckstein a. a. O. 416 f.; oder wenigstens im ersten, so von Rimpau a. a. O. 31 ff.; Höpfner a. a. O. 148 f., kommt der Erschleichungsakt nicht zu seinem Recht.

§ 3.

2. Der Käufer ist bezüglich der verkauften Sache, die der Verkäufer in Besitz und Gewahrsam hat, in gutem Glauben (i. S. des Strafrechts)

(weiß nicht, daß der Verkäufer bezüglich der verkauften Sache nicht berechtigt ist).

A. Betreffs der Frage der — zu bejahenden — Unterschlagung durch den Verkauf gilt das zu Ziff. 1 Bemerkte[17]) (nur bezüglich der Beteiligung des Käufers gilt hier, weil der Käufer eben gutgläubig ist, anderes, s. darüber unten im 3. Kap. S. 85).

B. Hier kann aber auch Betrug in Betracht kommen, verübt durch Täuschung des gutgläubigen Käufers.

a) Betrug zum Nachteil des gutgläubigen Käufers, wenn dieser nicht Eigentum an der gekauften Sache erhält; darüber s. unten 2. Kap.

b) Betrug zum Nachteil des Eigentümers, was hier zu behandeln ist, wo es sich um Delikt des Verkäufers gegen

[17]) Auch betreffs der oben § 2 unter C S. 21 ff. behandelten Frage.

den Eigentümer handelt (mangelhafte Scheidung von a und b, von Betrug zum Nachteil des Käufers und des Eigentümers bei Eckstein a. a. O. 420 f.). Solcher kommt dann in Betracht, wenn der Käufer Eigentum an der gekauften Sache erhält. Nur dann, denn die Schädigung des Eigentümers kann hier (im Unterschied zum Fall II, s. unten S. 62 f., besonders 66 f.) nicht in Gewahrsamsverlust bestehen, da er den Gewahrsam nicht hat, sondern nur im Eigentumsverlust.

Wir beginnen mit einer Übersicht über die Literatur.

Gegen Annahme von Betrug zum Nachteil des Eigentümers in diesem Fall — Verkäufer ist im Besitz, Gewahrsam —, wegen fehlender relativer Identität von Getäuschten und Beschädigten (s. unten) erklären sich Hegler, Vergl. Darst. 7, 437 A. 5 (da der Erwerber in keiner Weise Vertreter des bisherigen Eigentümers sei), 430 f. A. 4 a. E.; Merkel in H. H. 3, 643 A. 2, 764 A. 7. Dagegen weiter Binding a. a. O. 353 A. 5 (der Verkäufer habe keinen widerrechtlichen Vermögensvorteil erlangt, s. unten S. 37 f., ausdrücklich verneint er Betrug, bei dem Getäuschter und Beschädigter auseinanderfallen), dagegen ferner Eckstein a. a. O. wegen fehlender (relativer) Identität 421 („weder der Eigentümer noch ein anderer für ihn verfügt über die Sache"), 423 (Fehlen des „Sichselbstschädigens des Betrogenen" bezw. „einer Rechtsbeziehung zwischen dem Erwerber und dem Eigentümer", hier spielt auch der Gedanke dd β hinein, s. unten S. 36).

Für solche Annahme spricht sich aus Olshausen (als Gegner zitiert von Eckstein a. a. O. 423 A. 58 unter Zitat von 56 e zu 263, wo von etwas ganz anderem die Rede ist!) 22 zu 263 (bei Verkauf fremder Sache, wenn der Eigentümer Eigentum verliert, liege Betrug zum Nachteil des früheren Eigentümers vor — ohne Scheidung der Fälle §§ 3 u. 4); ebenso Schwartz Nr. 7 b zu 263 (er hat den Fall § 3 im Auge: Bei Eigentumserwerb des gutgläubigen Empfängers an der verkauften und übergebenen Sache sei der frühere Eigentümer geschädigt und könne Betrug zu seinem Nachteil vorliegen, da Identität nicht erforderlich sei); Finger in KrVJSchr. 44, 596 (Betrug, bei dem die Person des Getäuschten und Beschädigten nicht zusammenfällt, wenigstens für möglich haltend, er hat den Fall § 3 im Auge); zweifelnd äußert sich Frank VI a. E. zu 263 (es sei zweifelhaft, ob man die Schädigung des früheren Eigentümers auf die Täuschung des Käufers zurückführen könne — jedenfalls ist hier auch der hier in Frage stehende Fall mitgemeint, daß der Verkäufer im Besitz, Gewahrsam ist, auf den anderen ist verwiesen durch Zit. von VI, 2 zu 242).

Die Punkte, die in der Frage des Betrugs zum Nachteil des Eigen=

tümers zu besprechen und zu prüfen sind, sind die durch das Wesen des Betrugs gegebenen. Der Betrug wäre so zu konstruieren, daß durch Vorspieglung falscher Tatsachen seitens des Verkäufers dem Käufer gegenüber dieser zu einer das Vermögen des Eigentümers schädigenden Disposition bestimmt worden sei, aus welcher der Verkäufer rechtswidrigen Vorteil ziehen will. Zur Annahme von Betrug wäre erforderlich: Täuschungshandlung, Täuschung, Vermögensdisposition des Getäuschten, Vermögensschädigung, rechtswidriger Vermögensvorteil, alles in Kausalzusammenhang (das letzte in gedachtem) stehend.

aa) Täuschungshandlung.

α) Diese ist hier in der Täuschung seitens des Verkäufers über sein Eigentumsrecht bezw. seine Befugnis, für den Eigentümer über die Sache zu verfügen (§ 366 Abs. 1 HGB.), zu erblicken. Als „Tatsache", über die getäuscht wird, kommt beim wissentlichen Verkauf fremder Sachen in Betracht ein Rechtsverhältnis; s. Hegler, Vergl. Darst. a. a. O. 437 A. 4. Auch Rechtsverhältnisse können als „Tatsachen" i. S. des § 263 erscheinen, vgl. Hegler, Vergl. Darst. a. a. O. 421 u. A. 1 das.; Schütze 472 A. 9; Hälschner 2, 261 A. 2; Meyer-Allfeld 541 und für den vorliegenden Fall OLG. Dresden in Sächs. Gerichtsztg. 19, 300; denn maßgebend ist hier bei dem Begriff „Tatsache" das Moment der objektiven Gewißheit (s. Hegler a. a. O. 420), nicht das der äußeren oder inneren, gegenwärtigen oder früheren Wahrnehmbarkeit. Frank a. a. O. 474 δ meint: „auch Rechtsverhältnisse können unter Umständen als Tatsachen erscheinen, insofern ihnen nämlich stets Tatsachen zugrunde liegen". Deshalb sind sie selbst aber doch noch nicht Tatsachen! Die Ausführung Franks leidet hier eben an seiner schiefen Definition S. 473 II, 1 b: Tatsache sei „alles, was wahrnehmbar ist oder gewesen ist, im Gegensatz zu dem, was erst auf Grund einer Denktätigkeit erkannt wird" — Rechtsverhältnisse sind nie wahrnehmbar oder wahrnehmbar gewesen und werden stets auf Grund einer Denktätigkeit erkannt!

β) Es ist möglich, daß der Verkäufer dem gutgläubigen Käufer gegenüber ausdrücklich bemerkt, die zu verkaufende Sache gehöre ihm, dem Verkäufer (bezw. er sei berechtigt, für den Eigentümer darüber zu verfügen). Dann ist — bei Bejahung von α — die Täuschungshandlung klar (s. auch Eckstein a. a. O. 421 unten). Aber nicht nur dann liegt eine Täuschungshandlung vor, wenn die Sache vom Verkäufer ausdrücklich als eigene bezeichnet (bezw. das entsprechend andere, s. oben, bemerkt) wird, sondern auch dann, wenn der Verkäufer sein Recht zum Verkauf nicht ausdrücklich

hervorhebt, sondern beispielsweise mit den Worten: „ich habe hier eine schöne Uhr" seine Uhr von der Kette nimmt und jemand zum Verkauf anbietet. Damit gibt sich der Verkäufer als Eigentümer aus, er spiegelt durch sein Verhalten die Tatsache vor, er sei der Eigentümer der Uhr, und begeht damit die Täuschungshandlung. Es ist ja allgemein anerkannt, daß das Vorspiegeln nicht lediglich in direkter Aufstellung einer ausdrücklichen, bewußt unwahren Behauptung zu bestehen braucht, sondern daß es auch indirekt, durch schlüssige Handlungen i. w. S. erfolgen kann. Vgl. statt aller Olshausen 10 zu 263; weiter Frank 263 II, 1 (S. 474); Hegler, Vergl. Darst. a. a. O. 421 bei und in A. 9, von welcher — für unseren Fall wichtig — hervorgehoben wird, daß durch ein über die betreffende Tatsache — scheinbar — schweigendes Reden oder Handeln i. e. S. doch betreffend dieselbe in Wahrheit etwas erklärt werden kann, so insbesondere bei Vornahme bestimmter geschäftlicher Akte; s. das. Zit. und zustimmend Olshausen 10 zu 263. Letzteres ist hier der Fall bei Vornahme des Verkaufs der Sache. Man kann wohl ganz allgemein sagen, daß hier beim wissentlichen Verkauf der fremden Sache an einen Gutgläubigen (d. h. Nichteingeweihten) schon das Angebot der Sache zum Kauf und weiterhin die Verkaufsverhandlungen und der Kaufabschluß die stillschweigende Behauptung enthalten, daß die Sache auch dem Verkäufer gehöre oder daß er wenigstens zum Verkauf der Sache berechtigt sei (§ 366 Abs. 1 HGB.). In der Einleitung und Durchführung der Verkaufsverhandlungen liegt auf seiten des Verkäufers die stillschweigende Versicherung, die Voraussetzungen für Veräußerung der Sache, so vor allem die Verkaufsberechtigung bezüglich der fraglichen Sache, seien gegeben und in seiner Person vorliegend. Die Täuschungshandlung wird also in unserem Fall regelmäßig in einem Vorspiegeln der Tatsache, der Verkäufer sei Eigentümer (bezw. zum Verkauf berechtigt, s. oben) mittels konkludenter Handlungen gefunden werden müssen und können. Vgl. in dieser Richtung speziell für unseren Fall Hegler, Vergl. Darst. a. a. O. 437 (eine Täuschungshandlung liegt in dem Sichgerieren als Eigentümer); Binding a. a. O. 353 Anm.; Merkel in H. H. 3, 753 A. 6; Meyer-Allfeld 541 A. 10; Eckstein a. a. O. 421 f. („jedes Anbieten einer Sache zum Kauf, jedes Eingehen auf Verkaufsunterhandlungen heißt die stillschweigende Zusicherung machen, daß die Sache die verkehrsüblichen Eigenschaften habe. Zu den verkehrsüblichen Eigenschaften gehört aber auch das Eigentum des Veräußerers"). Ein reines Schweigen könnte ein Vorspiegeln — ebenso ein Unterdrücken der wahren Tatsache, daß er nicht Berechtiger ist — nur dann dar-

stellen, wenn eine Rechtspflicht zum Offenbaren der Wahrheit (d. h. hier des Vorliegens des Rechtsmangels) besteht, was sich nach den Grundsätzen über Begehung von Kommissivdelikten durch Unterlassung bemißt. Vgl. dazu Hegler a. a. O. 421 bei und in A. 10, 422 bei und in A. 3; Olshausen 10 u. 13 zu 263. Eine solche Rechtspflicht wäre aber hier wohl beim Verkäufer einfach als solchem ebensowenig anzunehmen wie beim Verkäufer als solchem betreffs Mängel der Ware (vgl. hierzu RGE. 2, 430 und bei Olshausen a. a. O. Zit.). Tatsächlich wird aber bei dem Verkaufsvorgang der Verkäufer immer in irgendeiner Weise, sei es durch direkte Behauptung, sei es durch konkludente Handlungen i. w. S., seine Berechtigung zum Verkauf vorgeben.

bb) Regelmäßig wird das weiter — wie hier nur kurz zu erwähnen — auch eine Täuschung beim gutgläubigen, d. h. nicht eingeweihten Käufer erzeugen (das zweite zum Betrug erforderliche Moment)[18]) dahingehend, daß der Betreffende zum Verkauf berechtigt sei, wird eine Irrtumserregung bei ihm stattfinden (vgl. auch Binding a. a. O. 353 Anm. Z. 2 „geriert sich der Nichteigentümer bewußt als Eigentümer, so wird er den Käufer über sein Recht der Übertragung regelmäßig täuschen"), die dann für sein weiteres Verhalten kausal ist.[19])

cc) Vermögensschädigung, hier Schädigung des Eigentümers.

Wie schon oben bemerkt, kommt hier eine Schädigung des Eigentümers durch Gewahrsamsverlust nicht in Betracht, da der Verkäufer und nicht der Eigentümer den Gewahrsam der Sache hat. Es kann sich hier nur um Schädigung des Eigentümers durch Eigentumsverlust handeln, verursacht dadurch, daß der gutgläubige Käufer auf Grund seines guten Glaubens Eigentum an der gekauften Sache erwirkt. Für die Frage, ob der Käufer Eigentümer wird, ist in erster Linie maßgebend, ob

---

[18]) Ist das nicht der Fall, wird etwa (was Tatfrage ist) nur ein schon vorhandener Irrtum benutzt, so liegt kein Betrug vor; s. Frank III zu 263; Olshausen 15 zu 263 und dort Zit. Versuch kommt in Frage, wenn der Verkäufer das nicht wußte und zu täuschen glaubte. Ebenso aber auch, wenn er den Käufer für gutgläubig hielt, dieser aber eingeweiht war.

[19]) Letzteres — diese Kausalität — leugnet Rönnberg im Recht 10. 1348 ff.: die irrige Annahme des Eigentums des Veräußerers sei nicht bestimmend (mitbestimmend) für die Annahmeerklärung des Erwerbers gewesen, er würde nur die Sache nicht gekauft haben, wenn er das Gegenteil gewußt hätte. Dies ist unzutreffend, der ehrliche Mann kauft die Sache gerade bei dem Betreffenden, weil er ihn für legitimiert hält (für eigentums- oder doch verfügungsberechtigt). Für die personelle Seite des Kaufes ist der Irrtum positiv bestimmend gewesen.

er gutgläubig war — gutgläubig aber hier i. S. des Zivilrechts verstanden, d. h. ob er das mangelnde Recht des Verkäufers kannte, bezw. nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte, oder ob dies nicht der Fall war (sein Eigentum bezw. im Fall § 366 Abs. 1 HGB. auch das Verfügungsrecht des Verkäufers über fremde Sachen). Es sind hier die Vorschriften der §§ 932 ff. BGB. über den Erwerb in gutem Glauben maßgebend (bezw. des § 366 HGB.; s. Olshausen 22 zu 263; Binding 352 A. 5; es wird im folgenden vom Normalfall §§ 932 ff. BGB. ausgegangen, für § 366 HGB. gilt Entsprechendes). Nach früherem Recht bekam der, der eine Sache gutgläubig von einem Nichteigentümer erwarb, regelmäßig kein Eigentum an dieser, nur zuweilen, so insbesondere im früheren Handelsgesetzbuch (Art. 306) hatte man den Erfordernissen des modernen Verkehrs Rechnung getragen und den gutgläubigen Erwerber Eigentum erlangen lassen. Davon abgesehen, erwarb also früher der, der eine Sache ankaufte, die der Veräußerer als eigene ausgegeben hatte, ihm aber nicht gehörte, selbst wenn er gutgläubig im zivilrechtlichen Sinne war, nicht Eigentum an der Sache. Dieser Fall beurteilt sich aber nach heutigem bürgerlichem Recht anders, denn nach § 932 Abs. 1 Satz 1 BGB. wird prinzipiell derjenige, der eine Sache vom Nichteigentümer kauft und zu eigen übergeben erhält,[20] sofern er zur Zeit des Erwerbs in gutem Glauben i. S. des Zivilrechts ist, Eigentümer der Sache. Der Käufer kann also dann durch den Ankauf einer Sache, die dem Verkäufer nicht gehört, unanfechtbarer Eigentümer der Sache werden und entsprechend der bisherige Eigentümer das Eigentum an ihr verlieren. Kannte dagegen der Käufer das mangelnde Recht des Verkäufers oder wurde der Käufer der Sache in so plumper Weise getäuscht, daß ihm die wirkliche Rechtslage betreffs der Sache nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt blieb, so erwirbt er nach § 932 Abs. 2 BGB. kein Eigentum an der Sache. Eine Ausnahme vom Eigentumserwerb des gutgläubigen Käufers, Eigentumsverlust des bisherigen Eigentümers gilt aber betreffs Sachen, die dem wahren Eigentümer oder seinem Besitzmittler (oder dem unmittelbaren Besitzer, der dem Eigentümer keinen Oberbesitz vermittelt, s. dazu Enneccerus-Lehmann, Lehrb. d. bürgerl. R., Sachenrecht 6./8. Aufl. § 69 I, 2) gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhandengekommen sind. Hier erwirbt

[20]) Über die Fälle § 932 Abs. 1 Satz 2 BGB. vgl. mit § 929 Satz 2, s. unten S. 76, § 934 vgl. mit 931, s. ebenda! und S. 65, vgl. A. 36. Im Fall § 933 (Übertragung durch constitutum possessorium) wird der Gutgläubige zunächst nicht Eigentümer, vielmehr erst und nur, wenn der Veräußerer ihm die Sache übergibt und er zu dieser Zeit in gutem Glauben (i. S. des Zivilrechts) ist. Über die Folgen s. besonders noch unten S. 76, 81; s. außerdem S. 31 A. 24.

der Käufer, selbst wenn er in gutem Glauben ist, kein Eigentum und verliert der Eigentümer sein Eigentum nicht (§ 935 Abs. 1 BGB.). Eine Ausnahme von dieser Ausnahme gilt bei der hier nicht in Frage kommenden, in öffentlicher Versteigerung erfolgten Veräußerung, weiter bei Geld- (auch ausländischem) und Inhaberpapieren (§ 935 Abs. 2 BGB.), bei Gutgläubigkeit des Käufers erwirbt dieser, verliert der bisherige Eigentümer hier Eigentum auch hinsichtlich gestohlener, verlorengegangener oder sonst abhandengekommener Sachen. Das Gesetz redet von „gestohlener“ oder „sonst abhandengekommener“ Sache; es ist hier noch kurz die Frage zu berühren, ob bei einer unterschlagenen Sache als solcher dasselbe gilt. Die durchaus herrschende Meinung verneint, so RGZ. 59, 71 f.; KG. Berlin S.-A. 65, 155; RGSt. 49, 16 ff. (Eigentumserwerb durch Gutgläubige an unterschlagener Sache); s. weiter Olshausen 22 zu 263; Hegler, Vergl. Darst. a. a. O. 437 A. 5. Mit Recht: eine unterschlagene Sache ist dem Eigentümer derselben nicht im Sinne des § 935 Abs. 1 „gestohlen“ oder „abhandengekommen“, ersteres nicht, denn „gestohlen“ ist eben nicht „unterschlagen“, letzteres nicht, denn unter „abhandengekommen“ ist der Besitzverlust an der Sache wider oder ohne rechtserheblichen (z. B. Weggabe seitens eines Geisteskranken, s. Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 69 I, 1) Willen des unmittelbaren Besitzers[21]) zu verstehen, die Tatsache, daß die Sache wider oder ohne seinen (rechtserheblichen) Willen aus seinem unmittelbaren Besitz gelangt ist, was bei unterschlagener Sache regelmäßig nicht zutrifft (weil Unterschlagung Sachverschiebung nicht mittels Gewahrsamsbruchs ist). Anders (s. dazu Binding 354 Anm. a. E.) — Unterschlagung und doch „Abhandengekommensein“ im Fall des Besitzdieners,[22]) weiter bei Fundunterschlagung —, wo die Sache speziell „verloren“ ist, sodann, wenn der Sichzueignende wider Willen oder ohne (rechtserheblichen) Willen dem Betreffenden den Gewahrsam der Sache entzogen hatte, ohne daß (z. B. weil der Täter damals die Aneignungsabsicht noch nicht hatte, oder weil der Betreffende als Geisteskranker der Gewahrsamsaufhebung zugestimmt hat — ohne seinen rechtserheblichen Willen —, falls

---

[21]) Bei Besitzdienerverhältnis ist in dieser Richtung nur der Wille des Besitzherrn, nicht des Besitzdieners maßgebend (s. RGZ. 71, 253), deshalb liegt bei Unterschlagung durch Verkauf seitens des Besitzdieners — der wohl Gewahrsam im strafrechtlichen Sinn hat, also bei rechtswidriger Zueignung unterschlägt (bestr., s. Frank S. 417 Z. 2) — „Abhandenkommen“ vor, verneint man seinen Gewahrsam, wie z. B. Harburger a. a. O. 201 tut, so liegt bei rechtswidriger Zueignung seitens desselben „gestohlene“ Sache vor, was in unserer Frage zum gleichen Resultat führt.

[22]) s. A. 21. Dies, falls man den ersten der dort erwähnten Ansichten beitritt.

man hier Wegnahme i. S. des § 242 StGB. verneint, was strittig ist: s. *Olshausen* 22 a. E. zu 242 u. dort Zit.) Diebstahl i. S. des § 242 StGB. gegeben ist; endlich, wenn etwa ein Dritter die Sache gestohlen hat und beim jetzigen Gewahrsamsinhaber mala fides superveniens auftritt.[23]) In diesen Fällen liegt allerdings trotz Unterschlagung „Abhandenkommen“ vor, ist also kein Eigentumserwerb des gutgläubigen Erwerbers, kein Eigentumsverlust des Eigentümers anzunehmen. Für die Regel aber gilt das Gegenteil. Diese verschiedene Beurteilung der Fälle, wenn ein gutgläubiger Käufer eine gestohlene und wenn er eine unterschlagene Sache ankauft, erscheint *Binding* (a. a. O. 353 A. 5; derselbe in der Schrift „Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer nach §§ 932, 935 BGB. und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß“, Leipzig 1908; s. gegen *Binding* speziell KG. Berlin S.-A. 65, 155; *Neubecker* in GoltdArch. 55, 145 ff.) unbillig, und er hält es für geboten und zulässig, die Bestimmung des § 935 BGB. auch auf die *unterschlagenen* Sachen auszudehnen, also die unterschlagenen Sachen den gestohlenen gleichzustellen. Eine derartige Auslegung des § 935 BGB. ist unzulässig. Der § 935 Abs. 1 BGB. zählt ja offensichtlich ganz genau und völlig erschöpfend die Fälle auf, in denen ein Eigentumserwerb trotz guten Glaubens nicht möglich ist, es geht deshalb nicht an, die unterschlagenen Sachen den gestohlenen gleichzusetzen, sei es im Wege der extensiven Auslegung, indem man sie als „abhandengekommene“ gelten läßt, sei es in dem der Analogie, indem man das Recht der „gestohlenen“ Sachen auf alle durch rechtswidrige Sachverschiebung entfremdete Sachen erstreckt. *Binding* führt in ersterer Hinsicht aus, in vielen Fällen sei der Besitzverlust bei einer in andere Hand gegebenen Sache gar nicht freiwillig, so beispielsweise, wenn jemand Sachen, die beschädigt sind, einem Handwerker zur Reparatur geben *muß*, oder wenn jemand vor Antritt einer Reise wegen der Gefahr des Diebstahls seine Sachen auf der Bank deponieren *muß*. In diesen Fällen sei die Besitzaufgabe gar keine freiwillige, der Eigentümer habe hier den unmittelbaren Besitz der Sachen wider seinen Willen verloren. Diese Ausführungen sind nicht zutreffend. In all diesen Fällen ist der Besitzverlust des Eigentümers dadurch, daß er dir Sachen aus der Hand gibt, freiwillig, denn der Eigentümer hat dabei ja vollkommen Wahlfreiheit, *wem* er trauen und wem er sie deshalb in die Hand geben, anvertrauen will, selbst gesetzt den — immerhin auch nicht so ohne weiteres zu unterstellenden — Fall, daß

[23]) Daß hier Unterschlagung (nicht Hehlerei) in Frage kommt, darüber vgl. *Frank* a. a. O. V, 1 zu § 259.

er schlechtweg durch die Umstände genötigt ist, sie irgend jemand anderem in die Hand zu geben. Eine gewisse Berechtigung de lege ferenda ist vielleicht der Kritik Bindings nicht abzusprechen, namentlich insofern Binding in der verschiedenen Behandlung der gestohlenen und unterschlagenen Sachen bei der nahen Verwandtschaft der beiden Delikte, die er betont (354 Anm.), eine Ungerechtigkeit gegenüber dem Eigentümer der Sachen sieht. Doch ist es eben nicht angängig, angesichts der klaren Aufzählung der Fälle, bei denen ein Eigentumserwerb trotz guten Glaubens nicht möglich ist, durch die lex lata die unterschlagenen Sachen den gestohlenen gleichzusetzen.

Es tritt nach dem Gesagten bei der hier vorausgesetzten Sachlage, daß der Verkäufer Gewahrsam an der verkauften fremden Sache hat, der Käufer gutgläubig im Sinne des Strafrechts ist, eine Vermögensschädigung des Eigentümers durch Eigentumsverlust immer ein, wenn der Käufer Eigentum an der gekauften Sache erworben hat,[24]) was bei gutem Glauben desselben im Sinne des Zivilrechts[25]) regelmäßig gegeben ist, abgesehen von den besonderen Fällen,[26]) daß die Sache als bereits „abhandengekommene", z. B.[27]) als verlorene, von einem anderen gestohlene, ohne Zueignungsabsicht weggenommene in Gewahrsam des Verkäufers sich befindet. (Ausnahme von der Ausnahme: Geld und Inhaberpapiere).[28]) Dagegen kommt ein „Abhandenkommen" jetzt durch den Verkauf hier[29]) abgesehen vom Fall des Besitzdieners, der durch Veräußerung unterschlägt,[30]) nicht in Frage, da sich die Sache ja hier im Gewahrsam des Verkäufers schon befindet, ein anderer deshalb ihren unmittelbaren Besitz nicht erst verlieren kann. Wäre allerdings mit Binding der gestohlenen Sache die unterschlagene gleichzustellen, dann käme auch in den normalen Fällen kein Eigentumserwerb durch den gutgläubigen Käufer, kein Eigentumsverlust durch den Eigentümer in Betracht, weil jetzt durch Veräußerung unterschlagen wird (s. oben § 2) und darin dann ein „Abhandenkommen" läge.

---

[24]) s. auch Olshausen 22 zu 263 (vgl. unten S. 63); Finger in KrVJSchr. 44, 596 f. (s. ebenda).

[25]) Enger als guter Glaube im Sinne des Strafrechts, s. oben, aber meist mit diesem zugleich gegeben.

[26]) Weiter abgesehen von dem Fall, daß Übertragung durch constitutum possessorium erfolgte, s. darüber oben S. 28 Anm. 20.

[27]) s. oben S. 29.

[28]) Hier also bei gutem Glauben des Käufers immer Eigentumsverlust des bisherigen Eigentümers.

[29]) Anders s. unten S. 65 f.; im anders gelagerten Fall, wo die Sache nicht im Besitz oder Gewahrsam des Verkäufers sich befindet.

[30]) s. oben S. 29 Anm. 21 u. 22.

dd) Dispositionsakt.

Außer Täuschungshandlung, Täuschung, Vermögensschädigung muß beim Betrug noch ein Dispositionsakt des Getäuschten vorliegen, der die Vermögensschädigung verursacht. Dieser wäre an sich zeitlich vor Vermögensbeschädigung zu nennen (Vermögensbeschädigung durch infolge von Täuschung getroffener Vermögensdisposition), ist aber hier aus Gründen übersichtlicherer Darstellung nachgestellt. Als solcher kommt hier in Betracht die Annahmeerklärung und das Ansichnehmen des Getäuschten betreffend die Sache. In unserem Fall kommt ein Betrug in Betracht, bei dem Getäuschter und Beschädigter (als welcher hier ja nur der Eigentümer in Betracht gezogen werden soll) auseinanderfallen, denn getäuscht ist der Käufer, geschädigt durch dessen Eigentumserwerb an der Sache der bisherige Eigentümer. Es erheben sich danach hier zwei Fragen.

α) Die Frage der relativen Identität ergibt sich aus dem eben Gesagten. Sehr bestritten ist, ob und wie weit beim Betrug Identität der getäuschten und infolge der Täuschung handelnden, disponierenden und der geschädigten Person erforderlich ist (vgl. über diese Frage speziell Rimpau in der angeführten Diss.). Es müssen, wie gesagt, Täuschung — Handlung, Disposition des Getäuschten — Vermögensschädigung in Kausalzusammenhang stehen, die Täuschung muß das Mittel sein, durch das auf dem Weg über das Handeln, Disponieren des Getäuschten die Schädigung bewirkt wird. Eigentliche Identität des getäuschten Handelnden und des Beschädigten aber ist dazu weder an sich erforderlich noch vom Gesetz verlangt, da dieses nicht lautet: „in" (oder: „bei") „diesem" „einen Irrtum erregt", wie auch die Entstehungsgeschichte nicht dafür spricht (s. über dieselbe Rimpau a. a. O. S. 5—8), es wäre dies auch irrationell, weil Lücken lassend. So auch die h. M.; s. Olshausen 16 zu 263 und dort zit. Judikatur, 24 zu 263; Hegler, Vergl. Darst. a. a. O. 430 A. 3 und dort Zit. Nur Schütze[31]) (Lehrb. des dtsch. Strafrechts 472 A. 10) stellt das Erfordernis der absoluten Identität von Getäuschten und Geschädigten auf, aber mit der sehr erheblichen, das Prinzip im Grund wieder aufhebenden Erweiterung, der Getäuschte brauche nicht der allein Geschädigte zu sein, der Schaden des Getäuschten könne mindestens darin bestehen, daß zunächst er dem Dritten ersatzpflichtig sei oder später werde. Als Beispiel führt Schütze das Verhältnis des

[31]) s. auch noch Eckstein a. a. O. 423 (unklar), der ein „Sichselbstschädigen des Betrogenen" fordert, dabei aber, wie es scheint, auch an die unter β zu besprechende Frage denkt.

negotiorum gestor zum dominus negotii, des Mandatars zum Mandanten, Depositars zum Deponenten, Mieters zum Vermieter, des grundlos Bereicherten zu dem durch die Bereicherung ohne Grund Geschädigten an. Diese Ansicht ist nicht zu billigen, für die Frage der Vermögensbeschädigung ist allein entscheidend, „wer durch die verbrecherische Handlung zunächst beschädigt, nicht aber darauf Gewicht zu legen, auf wen event. der Schaden durch Geltendmachung von Ersatzansprüchen abgewälzt werden wird“ (Rimpau a. a. O. 23). So wenig (wie unten S. 67 f. näher auszuführen, vgl. die dort zit. Literatur) bestehender Ersatzanspruch die Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 aufheben kann, so wenig kann bestehende Ersatzpflicht sie begründen. Eine andere Frage ist aber, ob nicht bei Auseinanderfallen des getäuschten Handelnden, Disponierenden und des Beschädigten doch eine gewisse Beziehung zwischen beiden bestehen muß. Nach herrschender Meinung (vgl. Rimpau a. a. O. 25 ff., 37; Frank VI, 2 zu 263; Olshausen 16, 22 und besonders 26 a. E. zu 263; v. Liszt 480; RGE. 21, 238 f., 25, 247, 39, 82 f.; auch die die eigenartigen Fälle RGE. 42, 171 ff.; GoltdArch. 51, 189; Hälschner, Preuß. Strafrecht 2, 375 besonders A. 2; derselbe, Gemeines dtsch. Strafrecht 2, 269 f. A. 2; Meyer-Allfeld 543; Wachenfeld 408 Nr. 3; Schwartz Nr. 4 zu 263; Rommel 64 f.) soll die bloße tatsächliche Möglichkeit des getäuschten Handelnden, über das Vermögen oder über Vermögensstücke des Beschädigten zu verfügen oder die bloße tatsächliche Möglichkeit, eine für das Vermögen des anderen nachteilige „Verfügung“ zu treffen, oder ähnlich, genügen. Man begründet diese Meinungen meist damit, daß die Täuschung zwar in Kausalzusammenhang mit der Vermögensbeschädigung stehen müsse, solcher Kausalzusammenhang aber auch hier vorliegen könne, insbesondere wenn und weil das Handeln des Getäuschten keine Verfügung über Vermögensrechte darstellen müsse (so Olshausen a. a. O.). Letzteres ist zutreffend (s. Hegler, Vergl. Darst. a. a. O. 425 u. A. 2 daselbst; Olshausen 26 zu 263, die Frage ist bestritten, s. daselbst), auch ist zuzugeben, daß hier der — erforderliche — Kausalzusammenhang vorliegen kann. Trotzdem folgt das Gesagte daraus nicht mit Notwendigkeit. Gerade die negative Seite dieser Ansicht, daß nicht anders und nicht mehr als diese tatsächliche Möglichkeit zu fordern sei, wird dadurch nicht gestützt. Eine Reihe von Schriftstellern (so Merkel in H. H. 3, 764; derselbe, Lehrb. d. Strafrechts 329; derselbe in Holtzend. Rechtslex. s. unter „Betrug“; derselbe Kriminalist. Abhandl. II (1867), 203 ff.; Binding a. a. O. 344 f., 352; Hegler, Vergl. Darst. a. a. O. 430 u. A. 4 daselbst; derselbe im Archiv

für Rechtsphilosophie 9, 376; Eckstein a. a. O. 423, eventualiter) vertreten denn auch die Ansicht, daß die Beziehung zwischen getäuschtem Handelnden und Beschädigten eine andere und engere sein müsse, sogen. „relative Indentität“ von Handelnden und Betroffenen vorgelegen haben müsse. Meist (Merkel, Binding, Eckstein) wird das dahin formuliert, bei Verschiedenheit der getäuschten handelnden und der geschädigten Person müsse die erstere zu letzterer in einem solchen Rechtsverhältnis gestanden haben, daß sie über die betreffenden Vermögensbestandteile derselben wirksam verfügen konnte, sie müsse hier ein Recht der Disposition über Vermögensrechte des Beschädigten oder die rechtliche Möglichkeit, ihn zu verpflichten, besessen haben. Von Hegler (Vergl. Darst. a. a. O. 430) speziell wird — davon abweichend — formuliert: der getäuschte Handelnde müsse Willensvertreter des Betroffenen gewesen sein, es müsse ein Vertretungsverhältnis, in diesem Sinne „relative Identität“ vorgelegen haben. Die Richtigkeit dieser zweiten Ansicht in der letztgenannten Formulierung ergibt sich aus einer prinzipiellen Betrachtung des Wesens des Betrugs, ohne dessen Erfassung eine klare Abgrenzung nicht möglich ist. Wie Hegler (Vergl. Darst. a. a. O. 406 ff. u. Archiv für Rechtsphilosophie 9, 159 ff., 10, 160) ausgeführt hat, kann man die Vermögensdelikte — zu denen zweifellos der Betrug gehört — einteilen in Vermögensverschiebungs- und bloße Vermögensentziehungsdelikte — der Betrug gehört zu ersteren (Absicht, sich oder einem anderen einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen). Jede dieser Klassen zerfällt wieder in zwei parallele Unterabteilungen: in Delikte des Willensmißbrauchs und Delikte der Willensumgehung, je nachdem die Vermögensverschiebung bezw. reine Vermögensentziehung sich vollzieht mit Wollen und durch das Handeln des Betroffenen bezw. seines Alterego, eines Vertreters desselben (aber gegen den wahren Willen desselben bezw. seines Vertreters), oder ohne solches Wollen und Handeln des Betroffenen bezw. eines Vertreters desselben. Bei Diebstahl z. B. vollzieht sich die Vermögens- (Sach-) verschiebung vom Willen und Handeln des Betroffenen unabhängig, während bei Betrug (und Erpressung) die Vermögensverschiebung regelmäßig mit Willen und durch das Handeln des Betroffenen selbst herbeigeführt wird. Der zu Beschädigende nimmt beim Betrug regelmäßig selbst die ihn schädigende Vermögensverschiebung vor, ohne sich der Bedeutung seines Tuns, eben infolge der Täuschung, bewußt zu sein, das Mittel, dessen sich der Täter zur Vermögensbeschädigung bedient, die Täuschung, unterscheidet dabei den Betrug von dem verwandten Vermögensverschiebungsdelikt, der Erpressung, bei der als Mittel Zwang oder Drohung angewendet wird. Hälschner

a. a. O. 2, 248 f. führt in dieser Richtung richtig aus, daß die Eigentümlichkeit des Betrugs darin liege, „daß der Betrüger die Vermögensbeschädigung unter dem Scheine, Wille und Recht des anderen zu respektieren, verübt, indem er sich des Wollens und Handelns eines anderen als unfreien Instruments seiner Tat bedient“; s. auch Binding a. a. O. 344, betreffend diese Grundidee des Betruges: „Das dem Betrug Charakteristische ist sein Mittel, den Willen dessen, der über jene Vermögensrechte disponiert, durch Täuschung zum Bundesgenossen des Betrügers zu machen“. Durch die Täuschung veranlaßt, schädigt sich der Betrogene selbst, die Vermögensbeschädigung erscheint äußerlich als von ihm selbst gewollt, während sie doch seinem wahren Willen zuwiderläuft, sie vollzieht sich mit dem scheinbaren eigenen Willen und durch das eigene Handeln des Geschädigten unter äußerlicher, scheinbarer Respektierung des Willens des Betroffenen — Willensmißbrauch bezüglich desselben. Eine solche äußerliche scheinbare Respektierung des Willens des Betroffenen, ein Willensmißbrauch bezüglich desselben, findet nun aber auch statt, wenn nicht er selbst, sondern sein Vertreter im Willen durch die Täuschung in Bewegung gesetzt wird, der Wille des Vermögensinhabers wird hier im Willen dessen äußerlich scheinbar respektiert, der in seinem Namen über sein Vermögen verfügt und verfügen kann. Die Täuschung braucht sich also nicht notwendig gegen den Beschädigten, sondern kann sich auch gegen seinen Willensvertreter richten, Identität des Getäuschten und Beschädigten ist insoweit nicht absolut erforderlich. Aber nur insoweit darf sie fehlen, nicht darüber hinaus — relative Identität. Eine äußerliche, scheinbare Respektierung des Willens des Betroffenen, ein Willensmißbrauch desselben, liegt eben dann nicht (mehr) vor, wenn der Getäuschte zum Geschädigten in keinem Vertretungsverhältnis steht, sondern hier liegt eine Schädigung ganz unabhängig vom Willen des Beschädigten vor. Es muß also beim Betrug unbedingt gefordert werden, daß bei Nichtidentität vom Beschädigten und Getäuschten letzterer Repräsentant, Willensvertreter des ersteren ist.

In unserem Fall nun, in dem sich der Verkäufer einer fremden Sache als Eigentümer ausgibt und sie an den gutgläubigen Dritten verkauft, liegt kein Betrug zum Nachteil des Eigentümers vor, falls solche relative Identität verlangt wird, da solche betreffend Verkäufer und Eigentümer nicht vorliegt, es mangelt an jeder Rechtsbeziehung (Fassung Merkel und Binding) zwischen Verkäufer und Eigentümer, die ersteren zu wirksamen Verfügungen über Vermögensbestandteile des letzteren instand setzte;[32]) eben-

[32]) s. auch Hälschner, Preuß. Strafrecht 2, 375 A. 2 (vgl. sofort unten).

sowenig (Fassung Hegler) ist der Verkäufer hier Willensvertreter, Repräsentant des Eigentümers. Es darf deshalb ganz allgemein gesagt werden, daß beim wissentlichem Verkauf einer fremden Sache an den Gutgläubigen Betrug gegen den Eigentümer der Sache nie begangen werden kann. Aus diesem Grund, wegen fehlender relativer Identität, verneint gerade in unserem Fall Betrug zum Nachteil des Eigentümers Merkel in H. H. 3, 643 A. 2 („der Eigentümer . . . ist nicht betrogen [er ist ja nicht getäuscht!]"); vgl. 764 A. 7; Hegler, Vergl. Darst. a. a. O. 430 u. A. 4 daselbst; Eckstein a. a. O. 423. Die entgegengesetzte Meinung, daß in unserem Fall speziell Betrug vorliege, weil relative Identität nicht erforderlich sei, vertreten ausdrücklich Hälschner, Preuß. Strafrecht 2, 375 A. 2 (es liege „gewiß ein Betrug vor, obwohl der Getäuschte in keiner Weise in einem Rechtsverhältnisse zum Beschädigten steht, das ihm die Befugnis gibt, über dessen Vermögen zu disponieren"); Olshausen 22 zu 263 (es könne in derartigen Fällen, da Identität des Getäuschten und Beschädigten nicht erforderlich sei, Betrug vorliegen); Oppenhoff 60 zu 263.

β) Die Frage, ob Nehmeakt des Getäuschten zu Betrugskonstruktion verwendbar ist, betrifft ebenfalls, wie *α*, den Punkt, ob die zum Betrug erforderliche Vermögensdisposition gegeben ist. Wie Hegler (im Archiv für Rechtsphil. 9, 376; s. auch denselben, Vergl. Darst. a. a. O. 424 bei und in Anm. 5 u. 6) betont, muß beim Betrug die Vermögensschädigung unmittelbar durch das Disponieren des Getäuschten herbeigeführt werden, diese Disposition muß auf eine Vermögensverschiebung, ein Übertragen von Vermögensbestandteilen gerichtet sein, es muß sich bei ihr speziell um einen Gebeakt, eine Veräußerung im weitesten Sinne seitens des Getäuschten handeln. Auch die herrschende Meinung verlangt zum Betrug eine Veräußerung i. w. S. als Vermögensdisposition, so Olshausen 26 zu 263: „Die eine Vermögensbeschädigung vermittelnde Handlung des Getäuschten kann nur eine Verfügung über Vermögenswerte, eine Veräußerung im weiteren Sinne sein"; Schütze 472 („Veräußerungsakt"); Rotering in GoltdArch. 47, 427 („Rechtsentäußerung" zwecks Rechtszuführung an den Delinquenten) und jetzt besonders RGSt. 49, 19 f. („Verfügung des Getäuschten als Veräußerung im weiteren Sinne"). Im Falle des wissentlichen Verkaufs einer fremden Sache, die der Verkäufer als eigene ausgibt, an einen gutgläubigen Dritten besteht aber, wie Hegler a. a. O. betont, die den Eigentümer schädigende Disposition des Getäuschten, des gutgläubigen Käufers, in einem Nehmeakt, einem Erwerben, Erwerben des Eigentums an der Sache mit

der Annahmeerklärung und dem Gewahrsamserwerb, also in einem Nehmeakt, nicht in einem Gebeakt. Auch aus diesem Grunde entfällt also bei unserer Sachlage die Annahme eines Betrugs. Das oben Ausgeführte liegt wohl auch einigen nicht ganz deutlichen Äußerungen in der Literatur zugrunde; vgl. Frank VI, 2 a. E. zu § 263 (betreffend Verkauf einer wissentlich fremden Sache, wenn Käufer Eigentümer wird: „ob man die Schädigung des früheren Eigentümers auf die Täuschung des Käufers zurückführen kann, ist allerdings zweifelhaft"); Eckstein a. a. O. 423 („wer über die Sache verfügt, ist gerade der Täter selbst"); Zimmer a. a. O. 126 A. 4 (Wegnahme seitens des Gutgläubigen sei kein „rechtsgeschäftlicher Akt") und besonders (unseren Fall behandelnd) Rönnberg im Recht 10, 1350; es schwebt weiter besonders vor bei der gerade unseren Fall des Verkaufs fremder Sache an den Gutgläubigen treffenden Entscheidung RGE. 49, 19 f., wo der Gedanke aber auch nicht klar entwickelt ist.

ee) Absicht rechtswidrigen Vermögensvorteils.

Es ist jetzt noch hinsichtlich der Annahme eines Betrugs zum Nachteil des Eigentümers zu untersuchen, ob in unserem Fall bei Eigentumserwerb seitens des Käufers die Absicht bei dem Verkäufer, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, bejaht werden kann. Binding (a. a. O. 353 Ziff. 2 a) verficht die Meinung, daß Betrug im Falle des Eigentumserwerbs des Käufers auch deshalb ausscheide, weil kein rechtswidriger Vermögensvorteil in Betracht komme, da der Kaufpreis Äquivalent für den Eigentumserwerb sei, den der Käufer dem Verkäufer danke. Daran werde auch durch BGB. § 816 bezw. § 823 Abs. 1, wonach der bisherige Eigentümer den Kaufpreis herausverlangen könne, nichts geändert, denn der Verkäufer und nicht der frühere Eigentümer habe den Anspruch auf den Kaufpreis. Finger (KrVJSchr. 44, 596) dagegen vertritt die Ansicht, daß selbst in den Fällen, in denen der gutgläubige Käufer Eigentümer werde, der Verkäufer wegen Betrugs zum Nachteil des Eigentümers unter diesem Gesichtspunkte strafbar sein könne. Der Vermögensvorteil, den der Verkäufer in Gestalt des Kaufpreises bekomme, sei rechtswidrig, „weil im objektiven Vermögensrechte mißbilligt". Dies ergebe sich schon daraus, daß dem früheren Eigentümer der Sache ein Anspruch aus „ungerechtfertigter Bereicherung" gegen den Verkäufer auf Herausgabe dieses Vorteils zustehe. Der Kaufpreis sei nicht Äquivalent für einen Eigentumserwerb, den Käufer dem Verkäufer danke, nicht der Verkäufer habe dem Käufer hier Eigentum verschafft, sondern

der gute Glaube des Käufers. Der Eigentumserwerb des Käufers vollziehe sich nicht derivativ, sondern originär. Im Verlust des Rechts des Eigentümers sei eine Vermögensbeschädigung zu erblicken, welche dem Vermögensvorteil entspreche, den der Käufer durch Erlangung des Kaufpreises erworben habe. Die Frage ist folgendermaßen zu lösen. Als Vermögensvorteil kommt in Betracht die Erlangung des Kaufpreises. Die Frage ist, ob dieser „rechtswidrig" ist, auch wenn der Käufer Eigentum an der Sache erlangt. Dem Käufer gegenüber nicht (s. auch Eckstein a. a. O. 420 f.), da dieser den gezahlten Kaufpreis nicht zurückfordern kann, weil er Eigentümer geworden, somit nicht geschädigt ist. Dem Eigentümer gegenüber besteht vor allem die Schwierigkeit, daß der Kaufpreis ja nicht aus seinem Vermögen stammt, sondern aus dem des Käufers, aus seinem Vermögen stammt das verlorene Eigentum. Aber der Eigentumsverlust des Eigentümers hat zur Folge, daß der Verkäufer gegen die Rückforderung des Kaufpreises seitens des Käufers geschützt ist: darin läßt sich ein Vorteil erblicken, den der Verkäufer auf Kosten des Eigentümers erlangt, und zwar rechtswidrig, denn darauf besteht kein Rechtsanspruch des Verkäufers, worauf betreffend die „Rechtswidrigkeit" in § 263 das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung abstellt (s. Olshausen 45 zu 263), und ebenso ist dies ein Vorteil, der dem Vermögen des Eigentümers im Widerspruch mit den Grundsätzen des Privatrechts entzogen ist, (s. für diese Fassung Frank VII, 3 zu 263) auf seine Kosten, unter Schädigung seines Vermögens, wie dies auch durch § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB. anerkannt ist.

ff) Vorsatz des Täters betreffend die objektiven Momente (aa bis dd), ist wohl zu bejahen,[33]) abgesehen vom Wissen und Wollen der Vermögensbeschädigung als Folge seines Handelns, welches trotz Vorliegens solcher fehlen kann, indem der Täter nicht an den Eigentumsverlust des Eigentümers denkt (besonders mangelnder Zivilrechtskenntnisse halber). Damit würde dann Betrug auch entfallen.[34])

Wir verneinen also hier Betrug in erster Linie und immer aus den zu dd dargelegten Gründen (fehlende relative Identität,

---

[33]) Bezweifelt wurde der Täuschungsvorsatz in dem OLG. Dresden (sächs. Gerichtszeitg. 19, 300 entschiedenen Fall.

[34]) d. h. Betrug zum Nachteil des Eigentümers. Es kommt dann versuchter Betrug zum Nachteil des Käufers in Frage, s. unten Anm. 90. Im umgekehrten Falle, wenn der Eigentümer nicht Eigentum verliert, der Verkäufer dies aber irrtümlich annimmt, so liegt Versuch zum Nachteil des Eigentümers mit untauglichem Mittel vor. Vgl. dazu Rönnberg im Recht 10, 1347 (Betrugsversuch).

Nehmeakt), event. auch fehlender Schädigung halber (s. cc: bei mangelndem Eigentumsverlust) oder fehlenden Schädigungsvorsatzes wegen (ff).

C. Nach dem zu A u. B Bemerkten erhebt sich die Frage der **Idealkonkurrenz von Unterschlagung und Betrug zum Nachteil des Eigentümers.**

Wenn man zu B annimmt, daß Betrug zum Nachteil des Eigentümers vorliege — was wir nach dem Gesagten nicht annehmen —, und zu A Unterschlagung zum Nachteil des Eigentümers bejaht, was unsererseits geschieht, so ist diese Frage von selbst gegeben, ob im wissentlichen Verkauf der fremden Sache an den gutgläubigen Käufer sowohl Unterschlagung als Betrug zum Nachteil des Eigentümers vorliegt.

aa) Zunächst ist zu konstatieren, daß wenigstens teilweise Identität der konkreten Handlungen besteht, welche die Tatbestände des einen und des anderen Delikts erfüllen. Der Betrug wurde begangen durch täuschendes Verhalten des Verkäufers bei den Verkaufsverhandlungen, täuschendes Anbieten (bezw. täuschende Vorhandlungen: Aufforderung zu Angeboten) und täuschendes Kaufabschließen, durch täuschendes Übergeben der Sache an den Käufer, der durch gutgläubigen Erwerb infolge dieser Täuschung Eigentumsverlust des bisherigen Eigentümers herbeiführt. Die Unterschlagung durch in diesen Kaufverhandlungsakten (Angebot bezw. Vorakt, Kaufabschluß) und in der Übergabe liegende rechtswidrige Zueignungsakte des Verkäufers. Letztere ist früher perfekt, aber doch besteht Teilidentität der erfüllenden Akte, also wäre jedenfalls Idealkonkurrenz indiziert, nicht Realkonkurrenz.

bb) Aber nun entsteht die Frage, ob diese beiden Delikte überhaupt ideal konkurierren können bezüglich desselben Objekts (der Kaufsache) zum Nachteil derselben Person (des bisherigen Eigentümers). Dies muß verneint werden (so auch Binding, Handb. des Strafrechts I, 363: Betrug beginnt, wo Unterschlagung nicht vorliegt, derselbe, Lehrb. 1, 365 A. 5: keine Idealkonkurrenz zwischen Betrug und Unterschlagung; RGSt. 5, 252 f: mangelnde Kausalität der Irrtumseregung bei angenommener Schädigung durch rechtswidrige Zueignung). Denn der Betrug ist (s. oben S. 34) ein Delikt des Willensmißbrauchs, Unterschlagung ein solches der Willensumgehung, sie schließen sich deshalb aus betreffend dasselbe Objekt zum Nachteil derselben Person: entweder ist die Täuschung kausal für die Schädigung derselben bezüglich des betreffenden Objekts oder die rechtswidrige Aneignung, aber nicht beides nebeneinander. Bei der Unterschlagung kommt der Wille und das Handeln des Ge-

schädigten (bezw. eines Vertreters desselben) gar nicht in Betracht, er ist gänzlich ausgeschaltet, die Zueignung vollzieht sich ohne Willen und Handeln des Eigentümers (bezw. eines Vertreters desselben) über seinem Kopf weg, sie ist Delikt der Willensumgehung. Beim Betrug dagegen ist, wie wir gesehen haben, das Hindurchgehen durch das Wollen und das Handeln des Betroffenen bezw. seines Vertreters wesentlich, veranlaßt durch die begangene Täuschung, er ist Delikt des Willensmißbrauchs. Entweder es liegt das eine oder das andere vor, daß beides betreffend dasselbe Objekt zum Nachteil derselben Person zusammentreffe, ist nicht möglich. Nehmen wir also Betrug zum Nachteil des Eigentümers an, so ist Unterschlagung ausgeschlossen, und umgekehrt.

cc) Aber es muß sich um ganz dasselbe Objekt handeln. Das läßt sich hier bei näherem Zusehen doch bezweifeln, trotzdem es sich um dieselbe fremde Sache, die Kaufsache, handelt! Das durch Unterschlagung „verschobene" Objekt ist die Kaufsache, die tatsächliche Herrschaft über dieselbe. Durch Betrug verliert der Eigentümer dazu noch das Recht an der Sache, die rechtliche Herrschaft über dieselbe — soweit der gutgläubige Käufer Eigentum erwirbt. Also wird wohl trotz alledem Idealkonkurrenz an sich möglich sein wegen letztlich bestehender Verschiedenheit des unterschlagenen und des durch Erschleichung entzogenen Objekts. Freilich liegt sie nur vor, wenn und soweit (s. oben) Betrug zum Nachteil des Eigentümers überhaupt bejaht wird. Gegen Annahme von Idealkonkurrenz von Betrug mit Unterschlagung in unserem Fall, wenn Unterschlagung durch Veräußerung fremder Sache an einen gutgläubigen Dritten begangen wird, erklärt sich RGE. 49, 20 (Betrug verneinend aus Gründen, die in der Richtung B, b, dd, β — kein Nehmeakt — liegen, s. oben S. 36 f.); weiter Eckstein a. a. O. 424 (bei Unterschlagung einer fremden Sache durch Veräußerung sei nur ein Entwendungsdelikt und kein Betrug zum Nachteil des Eigentümers gegeben, den er — 423 — bei Veräußerung einer fremden Sache, überhaupt — wegen fehlender (relativer) Identität, s. oben S. 32 ,34 und ebenfalls in der Linie B, b, dd, β liegender Gedanken, s. oben S. 37 — verneinen will); bedenklich auch Rönnberg im Recht 10, 1347.

D. Besondere Fragen erheben sich noch bei besonderer Sachlage, nämlich die Frage der Realkonkurrenz von Betrug des Verkäufers zum Nachteil des Eigentümers durch wissentlichen Verkauf der fremden Sache an einen Gutgläubigen mit dem vorher vom Verkäufer betreffend dieselbe begangenen Zueignungs-, Sachverschiebungsdelikt (Diebstahl, Unterschlagung), wenn die Sache vorher von ihm gestohlen

oder unterschlagen worden war.[35]) Entscheidend hierfür ist, ob man drei Fragen bejahend beantworten kann.

aa) In erster Linie frägt sich, ob die sonstigen oben behandelten Merkmale eines Betrugs zum Nachteil des Eigentümers bei Verkauf einer fremden Sache an einen Gutgläubigen überhaupt zutreffen, besonders die relative Identität und Gebeakt des Getäuschten als Disposition (s. in letzterer Beziehung besonders RGE. 49, 19 f. in verneinendem Sinn), schon dies kann verneint werden und wurde von uns oben B, b, dd verneint, womit natürlich Realkonkurrenz mit Betrug von vornherein entfiele.

bb) In zweiter Linie ist zu erwägen, ob speziell das Moment der Vermögensschädigung durch den Verkauf zutrifft, daß durch den Verkauf eine Vermögensschädigung, d. h. eine neue, außerhalb der schon durch die Unterschlagung, den Diebstahl bewirkten Schädigung liegende Schädigung des Eigentümers betreffend diese Sache, vorliegt. Vgl. im Sinn dieses Prinzips RGE. 43, 65 f., 49, 18; bayr. OLG. in SeuffBl. 74, 66; Olshausen 56 e I u. II α zu 263. Eine solche könnte hier natürlich nur in dem Eigentumsverlust desselben wegen Erwerbs des gutgläubigen Käufers gefunden werden, denn die Veräußerung der Sache als solche enthält nur eine weitere Auswirkung des vorherigen rechtswidrigen Handelns des Täters, Verwertung der gestohlenen, unterschlagenen Sache, aber nicht eine neue Schädigung des Eigentümers, kommt also nicht als weiteres Delikt in Betracht, vgl. dazu RGRspr. 10, 488; RGSt. 35, 64 f, 38, 193, 39, 242 ff., 43, 65; Olshausen 56 e I, II α zu 263; Beling, Lehre vom Verbrechen 319, auch Sauer in GoltdArch. 68, 292 f., insbesondere nicht als Betrug, weil für die Schädigung des Eigentümers insoweit nicht die Täuschung kausal war, vgl. RGE 24, 409 f, Olshausen 56 e, II α zu § 263.

Es fragt sich nun:

α) Liegt ein Eigentumsverlust vor?

β) Ist darin eine Vermögensschädigung, d. h. neue Schädigung gelegen?

Zu α) $\alpha\alpha$) Eigentumsverlust liegt regelmäßig nicht bei Diebstahl vor. Realkonkurrenz zwischen Diebstahl und Betrug zum Nachteil des Eigentümers durch nachherigen Verkauf der gestohlenen Sache an einen Gutgläubigen ist daher regelmäßig ausgeschlossen, da an gestohlenen Sachen kein Eigentumserwerb des gutgläubigen Käufers, kein Eigentumsverlust des Eigentümers eintritt, also überhaupt kein Betrug zum Nachteil des Eigentümers

[35]) Unterschlagung durch den Verkauf kommt hier natürlich nicht in Frage, s. oben S. 7 f.

in Betracht kommen kann. Anders bei Geld, Inhaberpapieren § 935 Abs. 2 BGB.

ββ) In diesem letzteren Fall, weiter bei Unterschlagung von Geld und Inhaberpapieren, immer bei sonstiger Unterschlagung, abgesehen von den oben S. 29 genannten Fällen, besonders dem der Erlangung des Gewahrsams der Sache als „verlorener" (Fundunterschlagung) oder wider den Willen des unmittelbaren Besitzers, aber ohne vorliegenden Diebstahl („Abhandenkommen"), z. B. Wegnahme zunächst ohne Aneignungsabsicht (s. zu beiden Binding 354 A. a. E.), kommt dagegen Betrug zum Nachteil des Eigentümers in Betracht, da der gutgläubige Erwerber in diesen Diebstahlsfällen und bei Unterschlagung, bei letzterer wenigstens nach herrschender Meinung, (and. M. Binding a. a. O. 353 f. Anm. s. oben S. 30 f., und in der Regel, s. oben) Eigentümer wird, der bisherige Eigentümer entsprechend Eigentum verliert.

Zu β) Hierin kann eine neue Schädigung dieses letzteren gesehen werden, der ja bisher trotz Diebstahl, Unterschlagung noch Eigentümer gewesen ist (s. auch Binding 353 Anm. Z. 2 a a. E.: „nur verschärft sich der Schaden des früheren Eigentümers. Erst hatte er lediglich den Besitz, jetzt hat er auch das Eigentum verloren"). Gegen Annahme neuer Schädigung erklären sich RGE. 38, 193 u. besonders 49, 16 ff. (Verneinung von Vermögensbeschädigung hier, das Strafrecht lasse die Veräußerung der unterschlagenen Sache als neue Beschädigung des bereits durch die Unterschlagung beschädigten Vermögens nicht gelten, mögen auch dadurch nach den Bestimmungen der bürgerlichen Rechts nunmehr neben den tatsächlichen auch die rechtlichen Verhältnisse des bisherigen Eigentümers zu der unterschlagenen Sache zu seinem Nachteil geändert worden sein, das Verwertungsdelikt müsse bei Identität der verletzten Person gegenüber dem Aneignungsdelikt straflos bleiben — eine Begründung, die keineswegs einleuchtet, denn wenn sich durch die Veräußerung „auch die rechtlichen Verhältnisse" des bisherigen Eigentümers „zu seinem Nachteil geändert" haben, liegt eben ein neuer Schaden — das auch vom Reichsgericht als maßgebend anerkannte — vor!).

cc) Endlich läßt sich noch fragen, ob speziell der erforderliche dolus der Vermögensbeschädigung (neuen Vermögensbeschädigung) vorliegt, der hier öfters — mangelnder Zivilkenntnisse wegen — fehlen wird.

Falls Ziff. aa—cc bejaht wird, liegt Realkonkurrenz von Betrug und Diebstahl bezw. Unterschlagung vor. Daß der Eigentümer um den Wert der Sache nicht zweimal, sondern

nur **einmal** geschädigt ist, wäre bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Vgl. **Höpfner** a. a. O. 147 bei A. 174, Realkonkurrenz verneinen RGE. 38, 193 (fehlende neue Schädigung); **Sauer** in GoltdArch. 68, 293 u. A. 26 daselbst (weil Betrug hier natürliche „Nachhandlung“ sei, aber es liegt hier eben eine neue Interessenverletzung — s. **Sauer** a. a. O. 292 — vor); offenbar auch **Frank** XI, 3 zu 263 (Vermögensbeschädigung sei schon vorher eingetreten); weiter noch **Eckstein** a. a. O. 423 f. (wegen mangelnder relativer Identität Betrug zum Nachteil des Eigentümers verneinend), und insbesondere RG. 49, 18 ff. (einmal wegen fehlender Vermögensschädigung und sodann wegen Fehlens der erforderlichen für Schädigung kausalen „Verfügung“ des Getäuschten, s. oben S. 36).

II. Der Verkäufer hat keinen Gewahrsam oder (mittelbaren) Besitz an der Sache, diese steht in fremdem Gewahrsam und ist ihm nur zugänglich.

Der zweite besonders wichtige und schwierige Fall[36]) ist der, daß der wissentliche Verkäufer **keinen** Gewahrsam an der fremden Sache hat, dieselbe sich vielmehr im Gewahrsam eines anderen,[37])[38]) sei es des Eigentümers oder eines Dritten als Besitzdieners[39]) oder Besitzmittlers für diesen oder vielleicht auch eines Dritten, der dem Eigentümer **nicht** Oberbesitz vermittelt (s. **Enneccerus-Lehmann**, Sachenr. § 69 I, 2; auch **Olshausen** 20 zu 242: Gewahrsam des unrechtmäßigen Innehabers zu Diebstahl genügend) befindet, der Verkäufer auch nicht etwa mittelbaren Besitz daran hat (über welchen Fall s. u. III), sondern ihm die fremde Sache **nur zugänglich** ist[40]) und er sie nun einem (gut- oder

---

[36]) s. über diesen speziell neuestens **Binding** in LZ. f. d. R. 1916 1 ff.

[37]) als des Verkäufers und Käufers. Über den Fall, daß letzterer Gewahrsam hat (als Besitzmittler für den Verkäufer), s. u. sub. III.

[38]) Hierher würde auch der Fall gehören, daß der **Verkäufer Besitzdiener** ist, wenn man bei solchem den Gewahrsam verneint, was aber wohl nicht anzunehmen ist, s. oben S. 29 Anm. 21. Weiter ist der Fall, daß der **Verkäufer** nur **Mitgewahrsam** hat, entsprechend (selbstverständlich abgesehen von dem Fall, daß **Käufer** der **Mitgewahrsamsinhaber** ist (vgl. A. 103, 107), zu behandeln (zum Teil wird beim Besitzdiener eben von Mitgewahrsam geredet, so z. B. **Frank** S. 417), auch hier kommt nach h. Meinung Gewahrsamsbruch, Gewahrsamsverschiebung, Diebstahl in Frage (vgl. z. B. **Frank** a. a. O., RGE. 5, 44, 45, 251; s. aber auch **Beling** 283 und gegen den Begriff des Mitgewahrsams **Harburger** a. a. O. 201.

[39]) s. oben S. 29 Anm. 21.

[40]) Es ist auch der Fall theoretisch denkbar, daß die oben erwähnten sonstigen Momente zutreffen, sie ihm aber **nicht zugänglich** ist: wissentlicher Verkauf der fremden Sache seitens des Nichteigentümers, wenn nicht er, sondern ein anderer an ihr Gewahrsam und er nicht mittelbaren Besitz hat, ihm die Sache aber **nicht**

schlechtgläubigen, s. unten 1 u. 2) Dritten wissentlich verkauft und diesem zur Abholung bezeichnet oder überweist, und letzterer sie nun abholt und fortbringt. Hierbei ist wie oben zu unterscheiden, ob der Dritte, der die Sache kauft, sich in bezug auf die gekaufte Sache in gutem Glauben im Sinne des Strafrechts (s. oben) befindet, oder ob dieser gute Glaube beim Käufer nicht vorhanden ist. Vorneweg ist zu bemerken, daß ein deliktisches Handeln zum Nachteil des Eigentümers hier, im Gegensatz zu §§ 2, 3, nicht schon im Kaufabschluß oder gar schon in vorhergehenden Akten gefunden werden kann, denn durch diese werden bei der hier vorliegenden Sachlage (Verkäufer hat keinen Besitz oder Gewahrsam an der Sache) die Interessen des Eigentümers zunächst gar nicht berührt[41]) (vgl. RGE. 25, 246).[42]) Es ist nun zunächst zu untersuchen, wie der Fall bei Gutgläubigkeit des Käufers liegt.

§ 4.

1. Der Käufer ist in bezug auf die verkaufte Sache in gutem Glauben (im Sinne des Strafrechts).

Dies ist der Fall, wenn der Verkäufer eine ihm nicht gehörige, im Gewahrsam des Eigentümers oder eines Dritten befindliche, ihm nur zugängliche fremde Sache als seine eigene bezeichnet und an den anderen verkauft, der sie auf Grund der Angaben des Täters gutgläubig kauft, wegschafft und sie damit dem Gewahrsam des Eigentümers oder Dritten entzieht. Da vorerst nur die Beziehungen zwischen Verkäufer und Eigentümer untersucht werden sollen, so bleibt die Beantwortung der Frage, ob hier auch ein Delikt des Verkäufers dem Käufer gegenüber vorliegt, zunächst außer Betracht. Betreffend die ersteren kommt vor allem in Betracht:

A. Diebstahl seitens des Verkäufers.

Es erheben sich hier zwei Probleme:

a) ob eine „Wegnahme“ seitens des Verkäufers hier vorliegt,

---

zugänglich ist, z. B. seitens des bestohlenen Finders durch Übertragung nach § 931 BGB. (Anspruchsabtretung); vgl. § 934 2. Fall (mittelbarer Besitzer ist er ja nicht), 935 BGB., doch wird dieser Fall höchst selten praktisch werden, soll daher nicht näher behandelt werden. Erlangt der Käufer die Sache vom Gewahrsamsinhaber, gilt hier entsprechend das unter § 8 Ausgeführte.

[41]) s. in dieser Richtung auch — nur viel zu weitgehend — Rönnberg, Recht 10, 1416 f. (über die Beziehung von Zueignung und Besitz) und — ebenso viel zu weitgehend — Binding in LZ. 1916, 7, weiter OLG. Dresden in Sächs. Gerichtsz. 19, 300.

[42]) Die Erörterung von Eckstein a. a. O. 417, ob nicht etwa hierin Hehlerei mit Bezug auf eine durch künftiges Delikt zu erlangende Sache vorliegt, ist ganz überflüssig, da es Hehlerei mit Bezug auf künftige Straftaten nicht gibt.

b) ob bei ihm die Absicht, s i c h die Sache zuzueignen, bejaht werden kann.

a) „W e g n a h m e“ s e i t e n s d e s V e r k ä u f e r s.

Unzweifelhaft liegt „Wegnahme“ vor, wenn der Täter (Verkäufer) die Sache an sich nimmt und sie dann erst dem gutgläubigen Käufer kaufweise übergibt. Hier hat der Täter zunächst selbst den Gewahrsam an der Sache auf Kosten des anderen, des Eigentümers, erlangt und ihn erst dann dem Dritten verschafft. Die „Wegnahme“ der Sache von seiten des Täters ist tatsächlich erfolgt. Anders liegt aber unser Fall, in dem der K ä u f e r die Sache dem Eigentümer (oder Dritten) bona fide d i r e k t w e g n i m m t, o h n e d a ß s i e d u r c h d i e H a n d d e s V e r k ä u f e r s gegangen ist. Hier ist die Frage sehr strittig, ob „Wegnahme“ seitens des V e r k ä u f e r s (und unter diesem Gesichtspunkt Diebstahl) vorliegt.

Abhängig ist die Beantwortung in erster Linie — doch nicht ausschließlich, s. u. S. 48 sub β — davon, ob zum Begriff der „Wegnahme“ E r l a n g u n g d e s e i g e n e n G e w a h r s a m s a n d e r S a c h e seitens des T ä t e r s gefordert wird. Dieses Erfordernis wird aus der Bedeutung des Wortes „wegnehmen“ in § 242 abgeleitet, man versteht darunter nicht nur die Aufhebung des fremden Gewahrsams, sondern es wird auch die Erwerbung des eigenen Gewahrsams des Täters gefordert, eine Gewahrsamsv e r s c h i e b u n g. Durch die Wegnahme wird die Sache der tatsächlichen Herrschaftsmöglichkeit eines anderen — regelmäßig des Eigentümers — entzogen, dessen Gewahrsam gebrochen; es erfordert die Wegnahme aber auch andererseits noch eine Erlangung des eigenen Gewahrsams seitens des Täters. Diese Ansicht ist vielfach vertreten, so von RGRspr. 4, 539 (wo geredet wird von „der objektiven Entziehung der Sache aus dem Besitze des anderen und der H e r r s c h a f t s e r l a n g u n g ü b e r d i e s e l b e, welche ... durch das Tatbestandsmerkmal der Wegnahme gedeckt sind“), Rspr. 7, 540 (unter „Wegnahme“ sei in § 242 verstanden, „daß die fremde Sache aus der fremden Verfügungsgewalt in die eigene Verfügungsgewalt gebracht wird“), v. L i s z t a. a. O. 437 bei A. 9 (Wegnehmen, d. h. in dem Brechen des fremden und der Begründung des eigenen Gewahrsams“), O l s h a u s e n 21 zu § 242 (unter „Wegnehmen“ ist „nicht nur die Aufhebung des Gewahrsams des anderen, sondern auch die gleichzeitige oder wenigstens nachfolgende Erwerbung des eigenen Gewahrsams zu verstehen“), F r a n k VI, 1 zu § 242; B i n d i n g a. a. O. 270 f. („um sie ... in die Herrschaft des Täters zu bringen“, „Besitzergreifung“), 292 sub 3 b („Besitzergreifung durch den Täter“), H ä l s c h n e r a. a. O. 2, 288 („Fordert zwar das Gesetz nur, daß die

Sache einem anderen weggenommen, d. h. eigenmächtig dem Gewahrsam desselben entzogen sei, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß das Wegnehmen zugleich als ein Ansichnehmen erscheinen, den Erwerb des Gewahrsams seitens des Wegnehmenden zur Folge haben muß, da im anderen Falle von der Absicht, sich die Sache zuzueignen, nicht die Rede sein könnte"), Pradzynski 34ff. (Gewahrsam des Täters Voraussetzung), Cohn, Ludwig, Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen I (1880) S. 451 („sich erst . . . vollzieht, wenn die Sache aus der fremden Detention in die eigene gebracht wird"). Man bringt sie zum Teil (so Olshausen 24, 25 zu 242, Frank VI, 1 zu 242, Binding a. a. O. 292 sub 3 b) damit in Verbindung, daß ein bloßes „Berühren" der Sache, „Kontrektationstheorie", nicht zur Wegnahme genügt, daß das Reichsstrafgesetzbuch auf dem Boden der „Apprehensionstheorie" steht. Es ist aber zu bemerken, daß andere die „Apprehensionstheorie" in dem Sinne verstehen, daß die Sache tatsächlich in die Verfügungsgewalt eines anderen gebracht sein muß, aber nicht notwendig in die des Täters, sondern eventuell auch in die eines Dritten, so Meyer-Allfeld 511, Harburger a. a. O. 206. Speziell für unseren Fall wird aus der dargelegten Ansicht meist die Konsequenz gezogen, daß mangels Gewahrsamserlangung seitens des Täters hier Diebstahl nicht vorliege.

aa) Dieser Meinung sind aus der Literatur Frank a. a. O. 419 sub 2 (Diebstahl werde in unserem Fall mit Recht abgelehnt, weil der überweisende Verkäufer keinen eigenen Gewahrsam erlange), v. Liszt 437 Nr. 9 (Begründung des eigenen Gewahrsams, wichtig in unserem Fall, wo kein Diebstahl anzunehmen sei), Olshausen 24 Abs. 2 zu 242 (Täter muß Gewahrsam an der Sache erlangt haben, sonst liege vollendeter Diebstahl nicht vor, zur Vollendung genüge deshalb bloße Kontrektation nicht; deshalb sei Diebstahl in unserem Fall nicht gegeben), Oppenhoff 33 zu 242 (zur „Wegnahme" gehört, daß die Sache aus der fremden in die eigene Verfügungsgewalt gebracht werde"), s. auch 42 zu 242 (in unserem Fall liege nicht Diebstahl, sondern Betrug vor), Schwarze 14 zu 242 (s. u. S. 60), Hälschner a. a. O. 2, 288] (das Wegnehmen müsse zugleich als ein Ansichnehmen erscheinen, Gewahrsamserwerb seitens des Wegnehmenden zur Folge haben, der Dieb könne sich eines in Irrtum versetzten Menschen als Instrument bedienen, „wofern es nur die so ergriffene Sache in seinen Gewahrsam bringt", in unserem Fall liege daher nicht Diebstahl vor), Wachenfeld 373 bei und in A. 2 („mit der Begründung des eigenen Gewahrsams ist der Diebstahl vollendet", A. 2: „Es genügt also nicht, daß der

Gewahrsam von dem Inhaber auf einen Dritten übergegangen ist. Er muß gerade auf den Täter übergegangen sein"), Pradzynski a. a. O. 35 (weil der Bestimmende Gewahrsam nicht erlangt habe, sei er weder Anstifter noch mittelbarer Täter). In der Judikatur vertritt diese Ansicht preußisches Obertribunal (das preuß. StGB. § 215 stimmt mit dem § 242 RStGB. überein) 14. Mai 58 in GoltdArch. 6, 567 in einem (oben S. 1 erwähnten) berühmt gewordenen und viel besprochenen Fall (die Begründung ist nicht recht klar, es wird bald auf die Frage a „Wegnahme" abgestellt, bald auf die Frage b „Absicht, sich zuzueignen" und beides vermengt, betreffend die Frage a bald auf den fehlenden Gewahrsamsbruch, bald auf die mangelnde „Wegnahme", den mangelnden „Erwerb", s. a. a. O.: „daß jedoch durch den Verkauf und die Überweisung ... ein Heraustreten dieser Steine aus dem Gewahrsam der Eigentümer nicht herbeigeführt wurde [a, Gewahrsamsbruch], und dem Angeklagten ein Diebstahl nur dann zur Last gelegt werden könnte, wenn er deren Wegnahme [a, Gewahrsamserlangung] in der Absicht, sich dieselben anzueignen [Frage b, aber auch a, Gewahrsamserlangung hereinspielend], entweder persönlich oder indem er sich dazu eines Dritten als willenloses Werkzeugs bedient, bewirkt hätte, da bei dem Diebstahl der animus notwendig auf die Aneignung [a, Gewahrsamserlangung und b vermischt] der im Besitz des anderen befindlichen Sache gerichtet sein muß; daß ... aber die Absicht des Angeklagten nicht auf den Erwerb der Steine [a, Gewahrsamserlangung und b] gegangen ist; daß er sich vielmehr als Eigentümer derselben nur ausgegeben, und solche dem T lediglich zu dem Zwecke überwiesen hat, um den Kaufpreis zu bekommen, von dem Käufer T aber die Steine weggenommen wurden, um dieselben für sich zu behalten" [fehlende Gewahrsamserlangung a]), RG. 21, 111 (der Tatbestand des Diebstahls erfordere ein Ergreifen und Erlangen des Gewahrsams bezw. der Verfügungsgewalt über die Sache seitens des Täters, mangels der Ansichnahme liege Diebstahl nicht vor), RMG. 12, 109 (unter „Wegnahme" sei die Aufhebung des fremden und die nachfolgende Erwerbung des eigenen Gewahrsams zu verstehen), Sammlung von Erkenntnissen des Bayr. OLG. Bd. 4 (1904) S. 65 f.; vgl. 61 (fehlendes Erfordernis der Besitzergreifung).

bb) Diese Ansicht ist nicht unwidersprochen, die Gegner teilen sich in solche, die zur „Wegnahme" die Erlangung eigenen Gewahrsams seitens des Täters nicht verlangen (so die meisten, s. sofort unter α) und solche, die dies verlangen, aber annehmen, daß solche hier vorliege (s. u. unter β, so bes. Binding).

α) Die erstgenannte Ausprägung findet sich besonders bei folgenden Autoren vertreten: Meyer-Allfeld 510 führt aus, daß die „Wegnahme" in der Entziehung der Sache aus fremdem Gewahrsam, ferner in der Begründung eines anderen Gewahrsams bestehe, dabei sei es, wenn dies auch den Regelfall bilde, doch nicht nötig, daß die Sache gerade in den eigenen Gewahrsam des Täters gebracht werde"; deshalb bejaht er a. a. O. 510 bei und in Anm. 21 in unserem Fall, beim Verkauf einer fremden, noch im Gewahrsam des Berechtigten befindlichen Sache Diebstahl auch dann, wenn der arglose Käufer selbst die Sache wegnimmt. Merkel in H. H. 3, 643 bemerkt: es sei nicht wesentlich, daß der Besitz der Sache auf den Täter übergehe (ebenso ders. in Holtzendorffs Rechtslex. I S. 526), wer eine fremde Sache verkaufe und es dem gutgläubigen Käufer überlasse, dieselbe an sich zu nehmen und wegzubringen (unser Fall), auf den dürfe der Diebstahlsbegriff des § 242 unbedenklich zur Anwendung zu bringen sein, obgleich hier der Besitz der Sache von dem Eigentümer direkt auf den Dritten übergehe (a. a. O. 764 A. 7 nimmt Merkel in unserem Fall aber Unterschlagung an). Hier ist weiter zu nennen Harburger; vgl. bes. Teil Bd. 6, 206: (Überführung in den eigenen Gewahrsam oder den eines Dritten), 207 A. 2 (der Täter habe in unserem Fall den Käufer als unbewußtes Werkzeug zur unberechtigten Wegnahme benutzt und sich also auch eines Diebstahls schuldig gemacht). Aus der Judikatur ist dieser Ansicht das OAG. Jena (30. April 56) nach Merkel a. a. O. 643 A. 2. Weiter — noch schärfer als die vorstehend genannten —[43]) neuerdings RGE. 47, 149 („daß der Angeklagte die fremden Schwellen in eigenen Gewahrsam brachte, war zum Begriffe der Wegnahme nicht erforderlich; wesentlich war nur, daß er sie dem Gewahrsam des Berechtigten entzog"), unter Aufgabe von RGE. 21, 111 in diesem Punkt.[44]) Siehe ferner noch RGE. 48, 58 ff. (unter falscher Berufung auf die Schlußsätze von RG. 47, 149 betr. E. 21, 111, die sich aber[45]) nur auf die Zueignungsabsicht (b) beziehen: der Begriff des Wegnehmens erfordere nicht unbedingt Begründung eigenen Gewahrsams seitens des Täters.

β) Die zweite Ausprägung findet sich, wie angedeutet, besonders bei Binding a. a. O. 278, der in diesem Fall Diebstahl bejaht mit der Begründung: „Der gutgläubige Dritte

[43]) Sofern hier überhaupt nur auf Gewahrsams entziehung abgestellt wird.
[44]) Galli in DJZ. 1915, 471 u. A. 1 daselbst bestreitet dies, allerdings bezieht sich die ausdrückliche Aufgabe in E. 47, 149 nur auf die Frage der Zueignungsabsicht (b).
[45]) s. A. 44.

handelt bei der Wegnahme in Ausführung des Willens des Täters, der dahin geht, daß der Eigentümer durch Besitzentziehung enteignet werde, und daß er, der Täter, dadurch in den Stand komme, die Sache wie seine eigene dem gutgläubigen Dritten zuwenden zu können. Die Besitzergreifung soll den Täter in die Lage bringen, nun den Herrschaftswillen ausüben zu können, auf den es ihm ankommt. So nimmt sein Werkzeug für ihn, seinen Auktor weg, um nachher die Sache auf seine Autorität hin behalten zu können". (Binding hat nunmehr seine Ansicht abgeändert, s. LZ. 1916, 1 ff.), wo er insbesondere wegen mangelnder Wegnahme seitens des Verkäufers Diebstahl desselben negiert (S. 7), außerdem fehle — a. a. O. — beim Verkäufer der Zueignungswille — s. u. S. 60, 61 —, er nimmt jetzt de lege lata straflose „Urheberschaft" des Verkäufers am Diebstahl an (a. a. O. 7 f.). Diese Ansicht hängt mit Bindings ganzer Teilnahmetheorie zusehr zusammen, um hier näher besprochen werden zu können, das unten Auszuführende gilt aber auch ihr gegenüber, s. bes. A. 49. Wo im folgenden von Binding die Rede ist, ist seine frühere Ansicht gemeint — falls nichts Besonderes gesagt ist.) Hier ist weiter zu nennen Eckstein in GoltdArch. 59, 418 f. sub a, der ebenfalls hier Diebstahl bejaht (verübt durch mittelbare Täterschaft). Er formuliert zunächst das Problem falsch, indem er darauf abstellt, ob der Veräußerer den fremden Gewahrsam breche. Darum handelt es sich aber nicht, sondern darum, ob er selbst Gewahrsam erlangt bezw. ob dies nicht notwendig ist. Wie seine weiteren Ausführungen zeigen, ist er aber auch zu der zweiten Ausprägung β zu stellen. Denn durch eine Zerlegung des Vorganges, die er vornimmt, die in gewissem Sinne übrigens auch Binding annimmt, teilt er diesen in Ergreifung von Fremdbesitz und Umsetzung in Eigenbesitz.[46]) Ein Zwischenstadium zwischen beiden Momenten sei begrifflich immer vorhanden, sei es auch, daß es sich zeitlich auf ein Minimum reduziere, wenn Fremdbesitz und sofortiger Eigenbesitz zusammenfallen in einen Moment. „Hat aber der Dritte auch nur einen Moment für den Veräußerer besessen, so ist damit die Voraussetzung für den Diebstahl, der Gewahrsamsbruch gegeben". Offenbar findet er eine Gewahrsamserlangung seitens des Verkäufers (obgleich er von „Gewahrsamsbruch" redet)

---

[46]) Gesetzt den Fall, der Veräußerer wäre wirklich der Eigentümer, so würde sich nach ihm der Vorgang folgendermaßen abspielen: „Statt daß der Eigentümer selbst die Sache nimmt und den Besitz überträgt, ergreift der Erwerber zunächst den Besitz für den Veräußerer, im selben Augenblick, aber unter der Voraussetzung dieses ersten Moments für sich selbst".

in dem „Fremdbesitz“ des Gutgläubigen.[47]) Weiter ist hierher auch Schütze zu stellen, der S. 428 verlangt, daß die Sache in den Gewahrsam des Täters gelangt ist, S. 429 bemerkt, es sei gleichgültig, ob der Täter dies Ergebnis durch ein von ihm benutztes Werkzeug (Getäuschten) herbeigeführt habe, S. 472 A. 10 Dieb sei auch, wer durch einen Getäuschten den Wegnahmeakt ausführe, — speziell auf unseren Fall exemplifizierend. Zimmer 124 ff. verlangt Gewahrsamsbegründung für sich durch den Täter zur Wegnahme, nimmt aber 126 in unserem Fall Diebstahl in mittelbarer Täterschaft an. Ähnlich wie hier (und wie Binding) Schwartz 7 a. E. zu 242 (bei Gutgläubigkeit des Käufers in unserem Fall liege Diebstahl in mittelbarer Täterschaft vor; der Einwand, daß der Verkäufer keinen Gewahrsam erlange, treffe nicht zu, denn der Verkäufer nehme die Sache für ihn weg, um sie nachher mit seiner Zustimmung für sich zu behalten, also zivilistisch gesprochen ein Fall der brevi manu traditio), ähnlich weiter Galli in DJZ. 1915, 471 zu dem Urteil RGE. 48, 58 ff. — s. oben S. 48 A. 44 — (das Tatbestandsmerkmal der „Wegnahme“ werde in Person des Verkäufers nicht dadurch erfüllt, daß dieser die Sache dem Verkäufer zur Abholung bezeichnet, die RGE. 48, 58 ff. werde dadurch getragen, daß der Abholer der Sache gutgläubiges Werkzeug des Angeklagten, dieser also mittelbarer Täter gewesen sei). Aus der Judikatur ist hier noch zu vergleichen als eine unserem Fall sehr ähnliche Sachlage (Ermöglichung des Verbrauchs von Wasser durch dritte Gutgläubige), behandelnd RGE. 47, 324, wo ausgeführt wird, wer sich durch sein Tun in die Lage bringt, daß er über die Sache tatsächlich verfügen, den Verbrauch durch Dritte ermöglichen kann, habe Gewahrsam an der Sache erlangt, nämlich das tatsächliche, die Möglichkeit voller Verfügungsgewalt gewährende Verhältnis zur Sache, er habe damit die Sache weggenommen. Diese Entscheidung will auch unseren Fall verwerten im Sinne der Bejahung von Wegnahme, s. Redaktionsvermerk S. 325 A. 1, der auf die oben S. 48 erwähnte RGE. 47, 147 hinweist. Aber die Entscheidung erging im Gegensatze zu dieser nicht in dem Sinne, daß von eigener Gewahrsamserlangung seitens des Täters abgesehen wird, sondern — ähnlich, wenn auch nicht ebenso wie bei Binding — indem hier solche Gewahrsamserlangung bejaht wird, weil die Anbringung eines Rohres und dadurch bewirkte Zuleitung von Wasser den Verbrauch seitens Dritter er-

[47]) Eckstein a. a. O. 419 A. 40 führt bei der Diebstahlsannahme auch noch RGE. 14, 121 ff. an, dieser Fall ist aber ganz anders gelagert, hier handelt es sich zweifellos um Wegnahme durch den Täter (und — ad b — zweifellos um die Absicht, sich die fremde Sache zuzueignen).

möglichte. Dabei wird, wie wohl zu merken, die Gewahrsamserlangung in der eigenen Manipulation (Anbringen des Rohres) und, als ihre Folge, der Ermöglichung des Verbrauches seitens anderer gesehen, nicht im Verbrauchen der anderen.[48])

cc) Die eigene Entscheidung hat sich zu gliedern in die Beantwortung zweier Fragen:

α) Ist Gewahrsamserlangung seitens des Täters zur „Wegnahme“ nötig?

Die Beziehung kann operieren einmal mit dem Wortsinn, der freilich nicht auf den ersten Blick entscheidend ist; in „einem anderen wegnimmt“ liegt zunächst etwas Negatives, so auch Hälschner II 288 (s. oben S. 45), s. aber mit Recht andererseits Zimmer 124: der Sprachgebrauch weise auf eine einheitliche Tätigkeit des Nehmens und Begründens hin. Weiter damit, daß zu Diebstahl die Absicht, Sich zuzueignen, verlangt wird, dies weist darauf hin, daß das Wegnehmen zugleich ein Ansich-nehmen sein muß, vgl. auch Hälschner a. a. O.; freilich kommt dabei noch in Betracht, wie das sich zueignen auszulegen ist (s. schon oben S. 45 und unten S. 58 unter b). Der h. M. sub aa (S. 46 f.), die die Gewahrsamserlangung seitens des Täters zur „Wegnahme“ für erforderlich hält, ist sonach wohl beizutreten. Eine Fassung des Begriffes, wie sie Meyer-Allfeld, Merkel und Harburger (s. oben S. 48 f.) vertreten, dahingehend, daß die Begründung des Gewahrsams auf seiten des Täters nicht notwendig sei, vielmehr auch in der Person eines Dritten möglich sei, ist angesichts des „Sichzueignens“ nicht zulässig, vgl. auch Zimmer 124: „Unmittelbar nimmt nur der weg, der den Gewahrsam des anderen selbst bricht und für sich Gewahrsam begründet“. Die abweichende Auffassung der RGE. 47, 149 (s. oben S. 48), die für den Diebstahlsbegriff lediglich Entziehung aus dem Gewahrsam des Berechtigten verlangt, scheitert wohl schon am Sprachgebrauch, der bei „Wegnahme“ auch an Gewahrsamsbegründung denkt.

β) Liegt Gewahrsamserlangung seitens des Täters hier vor?

aa) Im engeren Sinne sicher nicht. Bei solchem wissentlichen Verkauf einer fremden Sache, die der Verkäufer nicht im Gewahrsam oder Besitz hat, die ihm lediglich zugänglich ist, an

---

[48]) Als unentschieden betreffend die vorliegende Frage wäre aus der Literatur noch anzuführen Rimpau 24 („mag man es dahingestellt sein lassen, ob die Wegnahme beim Diebstahl durch eine willensfähige dritte Person geschehen kann“).

einen gutgläubigen Dritten, liegt die Schwierigkeit eben darin, daß der Verkäufer selbst mit der Sache in keiner Weise manipuliert, sondern lediglich der gutgläubige Dritte. Der Verkäufer nimmt weder persönlich die Sache dem Eigentümer (bezw. Dritten) aus der Hand, bricht weder äußerlich den Gewahrsam des Eigentümers (bezw. Dritten), noch bekommt er selbst die Sache in die Hand, äußerliche Erlangung eigenen Gewahrsams, beides, Bruch des fremden Gewahrsams und Gewahrsamserlangung liegt jedenfalls an sich äußerlich lediglich beim gutgläubigen Käufer vor.

ββ) Im weiteren Sinne kann aber vielleicht doch die Gewahrsamserlangung seitens des Täters bejaht werden. Eine Lösung wird vielfach versucht unter Zuhilfenahme der Figur der mittelbaren Täterschaft. In dieser Richtung bewegt sich Binding a. a. O. 278 („Werkzeug", s. oben S. 49); Zimmer 124 ff.; Schwartz 7 zu 242 (s. oben S. 50); Schütze a. a. O. (s. oben S. 50: Ausführung des Wegnahmeaktes durch den Getäuschten); Galli in DJZ. 1915 471 (s. oben S. 50), der in unserem Fall nur deshalb Diebstahl bejaht, weil der Abholende gutgläubiges Werkzeug des Verkäufers, dieser also mittelbarer Täter gewesen sei; s. auch OAG. Dresden in Sächs. Gerichtsztg. 19 (1875) 298 (Diebstahl in unserem Fall offenbar bejahend bei gutem Glauben des Käufers); s. auch noch die Fragestellung bei Sauer in GoltdArch. 68, 291. Es ist ja nun allgemein anerkannt, daß Täter eines Delikts nicht nur der ist, der selbst den Tatbestand des Delikts unmittelbar verwirklicht, sondern auch der, der sich eines anderen Menschen als seines Werkzeugs bedient und durch diesen die Ausführungshandlung vornehmen läßt, so, wenn der unmittelbar tätig werdende in Unkenntnis über die Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, handelt, während der, der ihn in Bewegung setzt, diese kennt. In unserem Fall, in dem der Verkäufer eine fremde Sache, die er nicht in Gewahrsam oder Besitz hat, einem gutgläubigen Dritten verkauft und zur Abholung bezeichnet, benutzt also, sagt man, der Verkäufer den Dritten als Werkzeug zur unberechtigten Wegnahme der fremden Sache. Der objektive Tatbestand des Diebstahls sei hier nicht vom Verkäufer, sondern vom gutgläubigen Käufer verwirklicht, doch sei letzterer nicht strafbar, da er infolge der falschen Angaben des Verkäufers, die Sache gehöre ihm, bona fide tätig geworden sei, es fehle also bei ihm am subjektiven Tatbestand, am Vorsatz. Wollen wir unseren Fall als einen vom Verkäufer in mittelbarer Täterschaft begangenen Diebstahl beurteilen, so ist hierzu Voraussetzung, daß die Mittelsperson, der Käufer, der als Werkzeug für den Vertätig wird, die Tatbestandsmerkmale des Diebstahls wirklich verwirklicht. Dies trifft bei ihm, betreffend den Gewahrsams-

bruch, auch zu, der Käufer bricht mit der Wegnahme der Sache als Werkzeug des Verkäufers den Eigentümergewahrsam. Der Verkäufer „nimmt" die Sache dem Gewahrsamsinhaber nicht selbst „weg", er läßt sie vielmehr durch den gutgläubigen Käufer ihm „wegnehmen". Diese „Wegnahme" durch den gutgläubigen Dritten ist dem Verkäufer als dem mittelbaren Täter rechtlich so zuzurechnen, als wenn er sie durch eigene körperliche Betätigung ausgeführt hätte. So ist die Wegnahme nach ihrer negativen Seite als Gewahrsamsbruch in mittelbarer Täterschaft begangen. Die Frage ist aber, ob man auch sagen kann, der Verkäufer erlange als mittelbarer Täter den Gewahrsam an der Sache. Hier hilft — gegen Zimmer 126 — der Begriff der mittelbaren Täterschaft für sich allein (s. sofort unten S. 54f.) nichts. Dies nicht wegen einer besonderen Einschränkung dieser Figur, die sich auf die Ausführung, Erfolgsbewirkung durch einen anderen bezieht, im Punkt der Tätermöglichkeit — nur ein persönlich Handelnder möglicher Täter, wie etwa in § 160 StGB. (vgl. Zimmer 126): er kann ohne weiteres in mittelbarer Täterschaft wegnehmen, wenn ihm zweifellos der Gewahrsam durch das fremden Gewahrsam brechende gutgläubige Werkzeug verschafft wird, sondern weil der Erfolg, hier die Erlangung des Gewahrsams, in der Person des Täters eingetreten sein muß, also nicht bei einem anderen bewirkt sein darf, ein Gesichtspunkt, der ganz außerhalb der Fragestellung der mittelbaren Täterschaft liegt, die dahin geht: durch ihn selbst oder durch ein Werkzeug. Man wird aber die Gewahrsamserlangung seitens des Verkäufers aus anderen Gründen bejahen können. Einmal schon aus praktischen Gründen: wegen des Bedürfnisses nach Gleichbehandlung gleichliegender Fälle. Innerlich betrachtet unterscheidet sich ja der Fall, in dem der gutgläubige Dritte direkt die Sache dem Gewahrsam des Eigentümers entzieht und auf Grund des vorher abgeschlossenen Kaufsvertrags definitiv in Gewahrsam nimmt, in nichts von dem Fall, daß der Verkäufer einen Augenblick die Sache an sich nimmt und sie dann dem Gutgläubigen kaufweise übergibt oder gar von dem Fall, daß der gutgläubige Dritte die Sache abholt, dann aber sofort aus irgendeinem Grunde für kurze Zeit dem Verkäufer überbringt und dieser, der damit den Gewahrsam erlangt hat, dann nach einiger Zeit die Sache wieder dem Käufer zurückgibt. Der Fall wird an einem Beispiel deutlich: Bei einer Motorbootausstellung in Berlin hatte ein Angestellter einer Firma, die dort Motorboote ausstellte, ein ausgestelltes Motorboot einer anderen Firma, das am Ufer festgemacht war, einem Dritten verkauft, indem er sich diesem gegen=

über als zum Verkauf berechtigt ausgab. Der gutgläubige Käufer hatte den Kaufpreis sofort bezahlt, kam einige Stunden später wieder, machte das Boot los und fuhr mit diesem weg. Nehmen wir nun an, der Käufer, der noch die Anbringung irgendeines Reserveteils für den Motor des Boots gewünscht hätte, will mit dem Boot eben abfahren, erblickt aber am Ufer den Verkäufer, fährt auf ihn zu, legt dort an und bittet ihn unter Übergabe des Boots, erst noch das betreffende Stück im Boot anzubringen. Dieser verspricht das und ersucht den Käufer, sich noch einige Zeit zu gedulden. Der Käufer geht weg, kommt nach einer Viertelstunde wieder, findet seinen Wunsch befriedigt, erhält das Boot ausgehändigt und fährt dann mit dem Motorboot weg. Im ersteren Fall, in dem der Käufer sofort endgültig wegfährt, wäre nach der herrschenden Meinung der Verkäufer wegen Diebstahls in mittelbarer Tätschaft nicht strafbar, da er gar keinen Gewahrsam an dem verkauften Boot erlangt hat. In letzterem Fall dagegen hat der Verkäufer durch den gutgläubigen Käufer nicht nur fremden Gewahrsam gebrochen, sondern auch für ganz kurze Zeit eigenen Gewahrsam an dem Motorboot erlangt, ist also wohl nach der herrschenden Meinung wegen Diebstahls zu bestrafen. Praktisch liegen die beiden Fälle aber ganz gleich. Der Verkäufer des Motorboots will dieses dadurch für sich verwerten — s. unter b betreffend die Absicht, sich zuzueignen —, daß er es an den gutgläubigen Käufer verkauft und diesem zur Abholung überweist. Der Käufer nimmt daraufhin das Boot in beiden Fällen nicht für den Verkäufer, sondern für sich in Gewahrsam unter unbewußter Brechung fremden Gewahrsams. Hier kann doch für die Beurteilung des Falls nicht der Umstand bedeutsam sein, daß das Motorboot noch ein paar Minuten in den Gewahrsam des Verkäufers gekommen ist, ehe es der Käufer definitiv fortschaffte. Sodann ist aber die Gewahrsamserlangung auch aus theoretischen Gründen zu bejahen. Bei solchem Verkauf an den gutgläubigen Abholenden erlangt der Täter zwar nicht zu eigener Hand Gewahrsam, aber doch der andere, von welchem er dies will und zugunsten dessen er diesen Willen durch ein Werkzeug — s. oben das betreffs mittelbarer Täterschaft Ausgeführte — verwirklicht. Gewahrsam ist tatsächliche physische Herrschaftsmöglichkeit, sie erlangt aber auch der, welcher einem anderen von ihm Gewollten durch eine von ihm ausgehende Aktion die tatsächliche physische Herrschaft über die Sache verschafft, eben in diesem Akt der Verschaffung. Man muß also hier die Kombination zweier Gedanken beachten, des Gedankens des durch einen anderen, des Gedankens der mittelbaren Täterschaft einerseits und andererseits

des Gedankens des bei einem anderen, des Gedankens, daß einem anderen, Gewollten, Gewahrsam verschaffen selbst Gewahrsam erlangen heißt. Die Identität des Werkzeugs, dessen, durch den, und der Person, der Gewahrsam verschafft wird, ist nur zufällige Personalunion. Der Fall läge in dieser zweiten Beziehung ganz ebenso, wenn der Täter durch ein gutgläubiges Werkzeug nicht diesem, sondern einem Dritten Gewahrsam verschafft hätte. In beiden Fällen, in denen sich jemand eines gutgläubigen Dritten bedient, darf man es für genügend halten, wenn nicht nur durch einen (gutgläubigen) anderen der Bruch des fremden Gewahrsams realisiert, sondern auch die Erlangung des eigenen Gewahrsams an der Sache in der Person eines anderen, des Werkzeugs selbst oder eines Dritten verwirklicht wird, und darf man vom Verlangen des Erwerbs eigenen äußerlichen Gewahrsams auf seiten des Täters absehen, denn hier ist beidemal maßgebend die Tatsache, daß der Täter durch den gutgläubigen anderen den Gewahrsam des Eigentümers brach und die tatsächliche physische Herrschaft dem verschaffte, dem er — der Täter — wollte. Wir nehmen also an, daß zur Wegnahme Gewahrsamserlangung erforderlich ist, bejahen aber dieselbe aus praktischen Gründen und aus dem theoretischen, daß der Täter einen von ihm Gewollten durch die von ihm ausgehende Aktion zum Gewahrsamsinhaber macht. Unserer Begründung kommt am nächsten die oben S. 50 f. zit. RGSt. 47, 324, dieselbe unterscheidet sich aber wesentlich von den im Resultat — Gewahrsamserlangung nötig, aber vorliegend — ähnlichen, oben erwähnten Ansichten von Binding, Eckstein, Schwartz, denn bei diesen wird (im Gegensatz zum hier Vertretenen) nicht vom Täter (Verkäufer), sondern vom Käufer ausgegangen, nicht gesagt, ersterer mache sich zum Gewahrsamsinhaber, indem er den letzteren dazu macht, sondern der letztere, der Käufer, mache den ersteren, den Täter (Verkäufer), zum Gewahrsamsinhaber, weil er für ihn wegnehme (Binding, Schwartz) bezw. besitze (Eckstein).[49])

Gegen Binding kann zwar nicht behauptet werden, daß er in einem Widerspruch sich bewege, wie Eckstein a. a. O. 419 („nicht völlig widerspruchsfrei") bemerkt, wobei er Binding (a. a. O. 270 u. 278) gegenüberstellt, denn der Widerspruch besteht nicht, Binding verlangt am ersteren Ort die Gewahrsamserlangung, Bringen in die Herrschaft des Täters, nimmt sie am zweiten Ort an (s. besonders unter „Die Besitzergreifung"). Unklar

[49]) Diese Abweichung bringt es mit sich, daß unsere Ansicht auch gegenüber den neuesten richtigen Ausführungen Bindings in LZ. 1916 6 f. über den mangelnden Willen des Käufers, für den Verkäufer Besitz zu ergreifen (vgl. unten S. 56 Anm. 50), standhält.

ist auch die Polemik von Zimmer a. a. O. 124 gegen Binding. Er meint, „wenn der gutgläubige Dritte den Eigentümergewahrsam bricht, so wird dadurch der Veräußerer keineswegs in den Stand gesetzt, über die Sache wie über eine eigene zu verfügen", — das behauptet Binding aber auch gar nicht, er stellt nicht auf den Gewahrsamsbruch ab, wie dies Eckstein (s. oben S. 49) tut, gegen den dies Argument gilt. Er bemerkt weiter: „Ebensowenig enthält die Begründung des Gewahrsams auf seiten des Dritten die Herstellung des Eigentümerverhältnisses (unter welchem Ausdruck er Gewahrsam mit dem Willen, die Sache als eigene zu besitzen, versteht) für den Täter, denn nach Binding ist zur Herstellung des Eigentumsverhältnisses gerade Gewahrsamsbegründung auf seiten des Herstellers erforderlich". Damit soll wohl gesagt werden — die Fassung ist sehr unklar —, daß nach Binding zur Begründung von Gewahrsam mit dem Willen, die Sache als eigen zu besitzen, erforderlich sei, daß der Betreffende eigenhändig die Sache ergriffen habe. Das ist aber nicht zutreffend, s. Binding a. a. O. 291 f., besonders 292 unter 3 b („die jenen Willen verneinende und seine Betätigung ausschließende tatsächliche Herrschaft des Diebes oder seines Stellvertreters"). Davon abgesehen falle diese Ausführung aber mit der Lehre von der Zueignung als Herstellung des Eigentümerverhältnisses. Das soll sagen, man dürfe bei Zueignung nicht auf Herstellung des Eigentümerverhältnisses (s. oben) abstellen. Es handelt sich aber ja gar nicht um die Frage der Zueignung, sondern um die der Wegnahme (was allerdings bei Binding auch nicht ganz klar geschieden ist). Aber auch die Begründung von Binding (s. oben S. 48 f.) ist aus anderen Ursachen nicht zutreffend. Der abholende gutgläubige Käufer nimmt die Sache nicht für den Eigentümer, sondern nur für sich selbst weg,[50]) nicht „für" einen Auktor, und es ist nicht zeitlich so zu teilen[51]): Zunächst Wegnahme für diesen, „nachher" Behalten auf seine Autorität, sondern von vorneherein will er die Sache nur für sich wegnehmen, allerdings autorisiert von dem anderen. Sodann kann man einwenden, daß — selbst das Bestrittene zugegeben — dadurch etwa mittelbarer Besitz, aber — was damit nicht identisch — nicht Gewahrsam für den Verkäufer eintreten würde; s. näher in dieser Richtung unten S. 58. Die Ansicht speziell von Eck-

[50]) So jetzt richtig Binding in LZ. a. a. O. 6 f. („weil der Käufer nicht für ihn, sondern nur für sich Besitz ergreifen will"), der aber daraus die unzutreffende Folgerung zieht, daß der Verkäufer hier überhaupt nicht weggenommen habe (s. oben S. 55 A. 49).

[51]) Das hier zu Sagende gilt auch gegen Schwartz a. a. O., der ganz ähnlich formuliert.

stein (s. oben S. 49 f.) ist zum Teil aus ähnlichen Gründen wie bei Binding nicht haltbar. Einmal ist sie, wie erwähnt, schon im Ausdruck anfechtbar, da sie ganz unklar von „Gewahrsamsbruch“ redet, dessen Vorliegen, das Wort im eigentliche Sinne genommen, niemand hier bestreiten wird, der aber keine Gewahrsamserlangung seitens des Täters bedeutet. Sodann ist ein solches Stadium des Fremdbesitzes, wie er es behauptet, nicht anzuerkennen — ebensowenig wie bei Binding ein „Wegnehmen für den Auktor“. Wenn wirklich der Verkäufer der Sache Eigentümer wäre, er mit dem Käufer den Kaufvertrag über die Sache abgeschlossen hätte und letzterer darauf hinginge und die Sache abholen würde, so würde doch der Käufer, wenn er die Sache an sich nimmt, nicht zunächst den Besitz für den Verkäufer, erst dann, wenn auch sofort, für sich ergreifen. Der Kaufvertrag über die Sache ist ja bereits abgeschlossen, vielleicht hat der Käufer auch bereits den Kaufpreis entrichtet. Wenn er nun hingeht und die Sache abholt, so wird er niemals für den Verkäufer auch nur einen Moment lang den Besitz der Sache ergreifen wollen, sondern sofort ausschließlich für sich allein. Er ergreift sofort Eigenbesitz, er nimmt die Sache sofort als die seine an sich, dazu, daß er dies tun kann und darf, hat er ja den Kaufvertrag vorher abgeschlossen. Mit keinem Gedanken denkt er daran und hat auch gar keine Veranlassung, daran zu denken, daß er die Sache zunächst für den Verkäufer in Besitz nehme. Eckstein führt, um die Richtigkeit seiner Anschauung augenscheinlich zu machen, a. a. O. 418 als Beispiel den Fall an, daß jemand sich aus einer Sammlung eine bestimmte Münze nehmen soll. Hier nehme dieser die Münze zunächst in die Hand, nicht, um sie ohne weiteres als eigene zu besitzen, sondern um sie zunächst anzusehen, ob sie auch die bestimmte ist, offenbar also in dem Bewußtsein, sie noch als fremde Münze in der Hand zu halten. Erst dann erfolge die Umsetzung des Fremdbesitzes in Eigenbesitz. Der Fall, daß jemand eine verkaufte Sache abholt, diese an sich nimmt, zunächst noch nicht schlüssig ist, ob es tatsächlich die gekaufte Sache ist und erst einen Moment später die Gewißheit erlangt, daß dies der Fall ist, ist allerdings Ecksteins Beispiel gleichgelagert. Aber nur deshalb, weil hier wie dort zunächst Identitätszweifel bestehen. Nur aus diesem Grunde ist Zerlegung in zwei Stadien möglich, in ein Stadium des Inderhandhabens zur Überlegung und in ein Stadium des Inderhandhabens der Sache als eigener. Aber was hier kraft besonderer Sachlage zutrifft, darf nicht auf den gewöhnlichen Fall übertragen werden. Wenn der Käufer die verkaufte Sache ganz genau kennt, so findet ein Zweifelsstadium, Inderhandhaben und Besehen zur Hebung des

Zweifels, eben nicht statt, sondern wird sofort die Sache als eigene an sich genommen. Ebenso auch nicht, wenn der Käufer die Sache zwar nicht genau kennt, die Identifikation derselben durch ihn aber, wie gewöhnlich, nicht, wie in dem Münzenfall, durch Ergreifen der Sache vor sich geht, sondern durch bloßes Ansehen. So, wenn jemand im Wald liegendes Holz, das ihm nicht gehört, verkauft. Der Käufer wird hier zwecks Identifikation des Holzes dieses nicht ergreifen, sondern lediglich ansehen, und wenn er es als das ihm verkaufte identifiziert hat, das Holz nur für sich, nicht für den Verkäufer an sich nehmen. Weiter ist es nicht ohne weiteres zutreffend, selbst wenn man ein Stadium des Fremdbesitzes anerkennen würde, daß darin eine Erlangung des Gewahrsams seitens des Verkäufers liegen würde. Der letztere könnte dadurch etwa mittelbarer Besitzer werden, aber mittelbarer Besitz ist nicht Gewahrsam (vgl. Frank 417 unter 1; RGSt. 37, 202; 45, 250). Endlich ist ein bloß begriffliches „Zwischenstadium" eine Unmöglichkeit, in Zwischenstadium liegt der Begriff Zeitstrecke: Zwischenstadium ist Gestaltung in einer Zwischenzeit, einem sich einschiebenden Zeitraum, wenn zweierlei in einem Zeitmoment zusammenfällt, besteht kein „Zwischenstadium" zwischen dem einen und dem anderen.

b) In zweiter Linie ist für die Diebstahlsfrage zu prüfen, ob die Absicht, sich die Sache zuzueignen, bei dem Verkäufer bejaht werden kann.

Wenn Diebstahl seitens des Verkäufers hier angenommen werden soll, so muß auch die Frage, ob hier beim Verkäufer die Absicht vorliegt, durch Verkauf der fremden Sache an den Gutgläubigen die Sache sich zuzueignen, bejaht werden.

Die Frage ist für sich zu behandeln, getrennt von der zu a erörterten der „Wegnahme". Unklar, wie oben S. 47 schon erwähnt, ist betreffend die Scheidung preußisches Obertribunal in GoltdArch. 6, 567. Vermengung beider Fragen findet sich ferner bei Harburger a. a. O. 212 (der dazu noch eine Sachlage unterstellt, die für unseren Fall nicht paßt — die Sache müsse sich während eines gewissen Zeitraums im Besitz des Diebes befunden haben). Ähnliches gilt auch betreffend Olshausen 28 Abs. 2, vgl. 27, 24 Abs. 2 zu 242, sofern er die Zueignungsabsicht abhängig macht davon, ob Täter die Sache zunächst in seinen Gewahrsam gebracht hat (s. auch noch unten S. 59). Die Scheidung findet sich dagegen bei Sauer in GoltdArch. 63, 291: Gestattung der Wegnahme der Sache durch Dritte sei Zueignung; in dem Fall, daß der Nichtbesitzer die Sache einem gutgläubigen Dritten überweise, entstehe „die ganz andere Frage, ob man hier noch eine Gewahrsamsbegründung durch den Veräußerer ... rechtfertigen

kann", weiter bei Galli in DJZ. 1915 471, s. besonders A. 1 (während RGSt. 48, 60, das er hier bespricht, beides vermengt). Die Fragen sind zu trennen. Denn selbst wenn man annimmt, daß beim Täter in § 242 Erlangung des eigenen Gewahrsams nicht verlangt werde, könnte man an sich noch Diebstahl in unserem Fall verneinen, weil die Absicht, sich die Sache zuzueignen, beim Verkäufer gefehlt habe. Oder umgekehrt letztere beim Verkäufer bejahen, aber wegen Fehlens des nötigen Erlangens eigenen Gewahrsams durch ihn Diebstahl verneinen (so Frank a. a. O. 438 Z. 3, indem er einerseits ausführt: „Die Gestattung der Wegnahme durch Dritte zum Zwecke der Zueignung ist Zueignung auch in der Person des Gestattenden", 421: „Zueignung ist auch die Veräußerung und jedes andere Weitergeben der Sache, das sie dem Berechtigten entzieht", vgl. auch denselben a. a. O. 83: die Absicht, die Sache weiterzugeben, schließe auch die Absicht in sich, sie sich selbst zuzueignen; andererseits aber 419 Z. 2: „wenn ... jemand eine ihm fremde, aber zugängliche Sache einem Dritten verkauft und zur Abholung überweist, so lehnen ... wohl mit Recht Diebstahl ab, weil der Überweisende keinen eigenen Gewahrsam erlangt"; auch Sauer (a. a. O.) stellt in dieser Richtung wenigstens das Problem). Allerdings ein gewisser Zusammenhang besteht (s. schon oben S. 51). Wer sich zueignen streng auslegt, wird wohl geneigt sein, zur „Wegnahme" auch ein Ansichnehmen zu verlangen; vgl. Hälschner a. a. O. 2, 288 (s. oben S. 45), der dafür, daß das Wegnehmen zugleich ein Ansichnehmen sein müsse, anführt, daß sonst von der Absicht, sich die Sache zuzueignen, nicht die Rede sein könnte; auch RGE. 21, 111 zeigt implicite wohl diesen Zusammenhang. Doch nicht darüber hinaus.

Verlangt man zu „Wegnahme" keine Gewahrsamserlangung seitens des Täters oder bejaht man, daß letztere in unserem Fall stattgefunden hat, so wäre der Fall in puncto Zueignungsabsicht an sich zu behandeln wie Fälle, in denen jemand selbst eine Sache durch Bruch fremden in den eigenen Gewahrsam bringt, um die Sache einem Dritten zuzuwenden. In letzterem Fall wird aber vielfach, wie z. T. schon gestreift, die Zueignungsabsicht und damit der Diebstahl deshalb bejaht, weil die hier zweifellose „Wegnahme" seitens des Täters auf die Zueignungsabsicht abfärbt; vgl. preußisches Obertribunal bei Oppenhoff 15, 226, 17, 493, 19, 771; Olshausen 28 Abs. 2, vgl. 27 zu 242; Harburger a. a. O. Dies ist aber unberechtigte Vermengung eben der zwei Punkte, daß jemand „weggenommen" hat und ob er die Absicht hat, die Sache sich zuzueignen, der zwei Punkte, die scharf getrennt werden in anderen Entscheidungen, die annehmen, wenn A auf Geheiß des B die Sache wegnimmt,

um sie dem B zu verschaffen, A nur Diebstahlsgehilfe sei wegen mangelnder Zueignungsabsicht seinerseits; vgl. RGE. 24, 86; 39, 37; RGRspr. 6, 416).

Was die Stellung der Literatur und Judikatur zur Frage der Zueignungsabsicht in unserem Fall betrifft, so kommt die oben S. 7 ff. betreffend Veräußerung als Sichzueignen im allgemeinen angeführte auch hier in Betracht, besonders die dort zitierten Entscheidungen.[52]) Speziell in unserem Fall, wo der Verkäufer nicht im Besitz oder Gewahrsam der verkauften fremden Sache ist, verneint die Zueignungsabsicht Preußisches Obertribunal in GoltdArch. 6, 567 (s. oben S. 47, besonders verb. „sich dieselben anzueignen"); Hälschner a. a. O. 2, 292 u. A. 1 (Diebstahl sei ausgeschlossen, wenn jemand in der Absicht, die Sache dauernd dem Eigentümer zu entziehen, einen anderen veranlaßt, die Sache wegzunehmen und sich zuzueignen, es genüge nicht die Absicht, die Sache dem Willen eines anderen, nicht dem eigenen, zu unterwerfen); Oppenhoff 42 zu 242, 7 zu 48 (kein Diebstahl, da die Sache durch die Wegnahme nicht ihm zugeeignet werden sollte, die Absicht müsse darauf gehen, sich selbst die Sache zuzueignen); jetzt auch Binding in LZ. 1916 7 (es liege lediglich Zueignung für den Käufer vor, beim Verkäufer fehle der Wille der Zueignung). Rimpau (S. 24) verneint gleichfalls die Zueignungsabsicht und damit den Diebstahl: er läßt betreffend die Frage oben unter a die Entscheidung dahingestellt (s. oben S. 51 A. 48), verneint aber Diebstahl, weil es jedenfalls demselben (unter b) an der Absicht fehle, sich die Sache zuzueignen, da er solche vielmehr dem Käufer aneignen wolle. Verneinend weiter aus Gründen, die die Gesichtspunkte a und b kombinieren, Schwarze 14 zu 242 („dagegen ist die Handlung, wodurch die Sache aus dem Gewahrsam des Inhabers unmittelbar in den eines Dritten übergeht, damit letzterer, rechtswidrig oder in gutem Glauben, dieselbe sich zueigne, nicht als Diebstahl anzusehen") und RGE. 21, 111 (welches auch aus diesem Grund b Diebstahl verneint: „Dann aber war die Tätigkeit des Angeklagten mangels der Ansichnahme und der Absicht der eigenen Zueignung nicht mehr als Diebstahl ... zu qualifizieren"). Die Zueignungsabsicht und mit ihr Diebstahl bejahen in unserem Fall von der wirtschaftlichen Auffassung der Zueignung aus Schütze 472 A. 10 (ein Diebstahl liege vor, indem er [der Täter] die Sache „sei es in natura, sei es im Wert [Preise] sich zueignet" [wirtschaftliche Auffassung, ähnlich wie oben S. 8 vertreten]); s. denselben S. 430 (Zueignung sei gegeben auch bei Vorliegen der Absicht, die

---

[52]) Speziell RGE. 5, 7; s. oben S. 9, auch 8 Anm. 5.

Substanz der Sache im Sachwert an sich zu bringen); Frank a. a. O. 438 Z. 3, 421, s. auch denselben 83 (die Äußerungen schließen auch unseren Fall ein); Sauer in GoltdArch. 63, 291: Gestattung der Wegnahme durch Dritte sei Zueignung, „nämlich Verfügung über ihren Tauschwert (Verkaufswert)"; Galli in DJZ. 1915 471 (Absicht gerichtet auf Aneignung des Sachwertes genüge); auch Zimmer 126, da er Diebstahl in unserem Fall annimmt. Bejahend vom gleichen Standpunkt aus weiter in unserem Fall besonders RGSt. 47, 149 — unter ausdrücklicher Zurücknahme von RGSt. 21, 111, „wenn er auch die Schwellen selbst den Käufern verschaffen wollte, so beabsichtigte er doch durch ihre kaufweise Überlassung sich ihren wirtschaftlichen Wert zunutze zu machen. Das genügt zur Zueignung. Der Wille, die Schwellen körperlich seinem Vermögen einzuverleiben, war nicht erforderlich"); sodann RGE. 48, 58 ff. (Annahme von Diebstahl unter implicite erfolgender Bejahung von Zueignungsabsicht, s. S. 60 oben „seine Zueignungsabsicht" vom wirtschaftlichen Standpunkt aus, s. S. 59 „die Sache, ihrem Sachwert nach, dem Vermögen des Wegnehmenden zugeführt, in der Weise . . . daß wirtschaftlich ein anderer die Sache ausnutzt"). Bejahend in einem dem unseren sehr ähnlichen Fall (s. oben S. 50) RGSt. 47, 325 mit Begründung vom formalistischen Standpunkt aus („die Absicht, „sich" zuzueignen, liegt vor, wenn der Täter über die fremde Sache die Eigentumsbefugnisse ausüben will, sei es auch durch Verfügung zugunsten eines Dritten").[53] Formalistisch orientiert ist auch die Bejahung bei Binding a. a. O. 270 d,[54]) s. auch 274, der verlangt, daß die Zueignung zugunsten des oder der Täter geschehen sein müsse, wer wegnehme, um nicht sich, sondern einem Dritten zuzueignen,[55]) sei nicht Täter der Aneignung (A. 3 erklärt er deshalb RGSt. 5, 6[56]) für bedenklich); anders, wer die Sache selbst haben wolle, um über sie wie seine eigene zu verfügen, der eigne sie sich an. Gerade in unserem Fall nimmt er letzteres an, denn er bejaht a. a. O. 278 Diebstahl seitens des Verkäufers.

Bezüglich der Beantwortung der Frage ist wichtig vor allem die Stellungnahme zur Frage des Zueignungsbegriffs (s. darüber oben S. 3—6). Vom formalistischen Standpunkt aus wird hier, wo der Verkäufer nicht Besitz oder Gewahrsam hat, im Gegensatz zu dem oben S. 8 Ausgeführten schwerer zur Bejahung der Zu-

---

[53]) s. gegen diese Entscheidung jetzt Binding in LZ. 1916 7 A. 10.
[54]) Völlig anders jetzt LZ. 1916 7, s. oben S. 60.
[55]) s. gegen diese Fassung jetzt Binding in LZ. a. a. O. 5 A. 7.
[56]) s. oben S. 7 A. 5.

eignungsabsicht zu gelangen sein, wie auch die Literatur (s. oben S. 60, s. aber auch 61f.) lehrt. Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus kann dagegen auf die Ausführungen oben S. 8f. verwiesen werden, wo die Ansicht vertreten ist, daß Zueignungsabsicht zu bejahen ist, da der Täter durch Gestattung der Wegnahme gegen Entgelt die Sache für sich verwertet zur Befriedigung seiner finanziellen Bedürfnisse. Dies gilt ganz entsprechend auch für unseren Fall des Verkaufs einer fremden Sache, die der Verkäufer nicht im Gewahrsam oder Besitz hat, durch Bezeichnung, Überweisung zum Abholen an den gutgläubigen Käufer.

Nach dem zu a und b Ausgeführten ist also Diebstahl in unserem Fall zu bejahen.[57])

Außer Diebstahl kommt hier naturgemäß noch in Betracht — da es sich um wissentlichen Verkauf fremder Sache an einen Gutgläubigen handelt —

B. Betrug seitens des Verkäufers zum Nachteil des Eigentümers.

Die Frage des Betrugs zum Nachteil des Eigentümers ist bereits oben § 3 B, b S. 23ff. erörtert und ist hier nur so weit zu behandeln, als von § 3 Abweichendes deshalb in Betracht kommt, weil sich bei der nun vorausgesetzten Sachlage der Verkäufer nicht im Besitz oder Gewahrsam der Sache befindet.

a) Die Literatur und Judikatur hat an verschiedene Richtungen des Betrugs in unserem Fall gedacht, an Betrug zum Nachteil des (bisherigen) Eigentümers der Sache, oder an Betrug zum Nachteil des Käufers, ein Fall, der erst unten im 2. Kap. behandelt werden soll, zum sind Teil auch die Äußerungen in Literatur und Judikatur undeutlich, bejahen schlechtweg Vorliegen eines Betrugs, ohne zu sagen zu wessen Nachteil, zu dem des Eigentümers oder Käufers. Auch diese Äußerungen sind hier zu behandeln, da sie immerhin möglicherweise bezw. möglicherweise auch Betrug zum Nachteil des Eigentümers der Sache im Auge haben. Sofern Betrug zum Nachteil des Eigentümers der Sache bejaht wird, ergeben sich Unterabteilungen wieder in der Richtung, worin die Schädigung des Eigentümers gefunden wird: in Eigentumsverlust oder Gewahrsamsverlust desselben (Scheidung dieser beiden Fälle bei Hegler, Vergl. Darst. a. a. O. 430f. A. 4, vgl. 437 A. 5; Rimpau a. a. O. 34; Zimmer a. a. O. 126 A. 3 u. 4). Schlechtweg bejaht Betrug wegen Schädigung des Eigentümers, ohne daß

---

[57]) Verneinend außer den oben Zitierten noch Geyer in Holtzend. Handb. 2, 342 A. 3 (gerade für unseren Fall ohne — Begründung).

gesagt ist, worin sie liegen soll, Hälschner, Gemeines dtsch. Strafrecht 2, 288, 292 bei und in A. 1 (bei dem allerdings nicht ausdrücklich gesagt ist, daß er Betrug zum Nachteil des Eigentümers annimmt, dafür aber spricht seine Äußerung a. a. O. 269 f. A. 2, betreffend unseren Fall, gegen das Erfordernis der Identität von Getäuschtem, Käufer und Geschädigtem, wobei unter Geschädigtem offenbar der Eigentümer verstanden wird; Hälschner, Preuß. Strafrecht 2, 375 A. 2 (ebenso, keine Identität in unserem Fall zwischen Getäuschtem und Geschädigtem, die aber auch nicht erforderlich sei); Oppenhoff 42 zu 242; 7 zu 48; 60 zu 263 (ähnlich, Nichtidentität von Getäuschtem und Beschädigtem); Schwarze 27 zu 263 (ähnlich, Betrug in unserem Fall, da Identität des Getäuschten und Beschädigten nicht erforderlich sei). Die bejahte Schädigung des Eigentümers bei Betrugsannahme wird genauer bestimmt als Schädigung durch Eigentumsverlust (wegen guten Glaubens des Käufers) bei Olshausen 22 zu 263 (Eigentumsverlust, daher Betrug zum Nachteil des Eigentümers — Olshausen scheidet nicht die Fälle Kap. 1, I u. II, ob Verkäufer im Besitz, Gewahrsam der Sache ist oder nicht); bei Finger in KrVJSchr. 44, 596 f. (ebenfalls ohne diese Scheidung, hat aber Fall I im Auge); vielleicht ist auch Hälschner a. a. O. so zu verstehen. Gegen Betrug zum Nachteil des Eigentümers durch Eigentumsverlust desselben erklärt sich Zimmer a. a. O. 126 und A. 3 daselbst: Dem Eigentümer gegenüber liege hier Betrug nie vor, da das Eigentum gemäß § 934 BGB. auf den Erwerber nicht übergehe, denn der Veräußerer sei weder mittelbarer Besitzer noch „erlange" der Erwerber den Besitz vom Drittbesitzer, er entziehe ihn vielmehr durch verbotene Eigenmacht; weiter RGSt. 25, 246: Der Eigentümer sei durch das Fortschaffen nicht geschädigt, weil durch die Vindikation geschützt (die Entscheidung kommt also darauf hinaus, daß er Eigentümer bleibt, sie ist aber nicht unter dem Bürgerlichen Gesetzbuch ergangen). Die bejahte Schädigung des Eigentümers bei Betrugsannahme wird bestimmt als Schädigung durch Besitz-, Gewahrsamsverlust des Eigentümers ohne Eigentumsverlust desselben von Zimmer a. a. O. 126 A. 4 hypothetisch: Betrug werde angenommen werden können, wenn man den Gewahrsam als Vermögensbestandteil auffasse; kategorisch von Rimpau 34 (der Käufer erhalte statt des erwarteten Eigentums nur die Detention übertragen, es liege aber Betrug gegen den Eigentümer vor, „denn indem [in dem Beispiel, das er anführt] der Täter den Bauer durch Täuschung zur Fortnahme der Steine von dem Grundstück des Eigentümers veranlasse, kamen die Steine aus der Verfügungsgewalt ihres Eigen-

tümers in diejenige eines Dritten, der das — ihm unbekannte — Recht des Eigentümers nicht achtend, über die Steine als eigene disponierte, womit die Vermögensbeschädigung des Eigentümers perfekt geworden ist". Rimpau denkt hier bei dem schädigenden „Disponieren" offenbar an die Fortnahme, nicht etwa an spätere Akte). Gegen Annahme von Betrug wegen Schädigung des Eigentümers durch Gewahrsamsverlust erklärt sich dagegen die zitierte RGE. 25, 246 f., welche eine Schädigung des Eigentümers durch Fortnahme schlechtweg verneint, weil dieser durch die Vindikation geschützt sei (die ihm ja den Gewahrsam wieder verschaffen kann und soll). Gegen Betrug zum Nachteil des Eigentümers überhaupt erklären sich in unserem Falle Zimmer a. a. O. 126 (wegen fehlender Schädigung, s. oben S. 63); RGSt. 25, 246 f. (ebenso s. oben S. 63; Eckstein a. a. O. 418, s. auch 423, 421 (wegen des Mangels [relativer] Identität und des Gebeakts s. oben S. 37); Hegler, Vergl. Darst. a. a. O. 430 unter A. 4 daselbst (wegen fehlender relativer Identität zwischen Getäuschtem und Beschädigtem, fehlender Unterstellung des ersteren); Merkel in H. H. 3, 643 A. 2, 764 A. 7 (wegen fehlender Identität); Schütze 472 A. 10 (der Käufer sei der allein Betrogene und Beschädigte, er nimmt Diebstahl an). Betrug ohne nähere Bestimmung und Angabe zu wessen Nachteil (des Käufers oder Eigentümers) bejahen Rüdorff-Stenglein im Komm. z. StGB. 4. Aufl. (1892) 20 zu 242; Frank a. a. O. 419 Z. 2 („es liegt Betrug vor"), s. auch 6, 2 a. E. zu 263 (wo auf diese Stelle verwiesen wird und es sich ausgesprochenerweise um Betrug zum Nachteil des Eigentümers handelt. Frank bezeichnet es hier als zweifelhaft, ob man Schädigung des früheren Eigentümers durch die Täuschung, also Betrug zum Nachteil des Eigentümers annehmen kann); v. Liszt § 127 A. 9; preuß. OTr. in GoltdArch. 6, 567 (einfach: Betrug); RGE. 21, 110 (einfach: Betrug); Samml. von Entsch. d. bayr. OLG. (1904) 4, 67 (ebenso), wobei wohl meist an Betrug zum Nachteil des Käufers gedacht ist. Wenn Eckstein in GoltdArch. 59, 418 bemerkt, v. Liszt und Frank nehmen Betrug ausschließlich gegen den Eigentümer (sogar gesperrt gedruckt!) an, so ist das nicht zutreffend, sie sprechen sich über die Person des Beschädigten nicht aus.

b) Die eigene Beantwortung der Frage, ob ein Betrug zum Nachteil des Eigentümers hier vorliegt, wird im Sinne der Verneinung auszufallen haben. Er wäre entsprechend zu konstruieren wie oben S. 25 und müßte die dort besprochenen Merkmale erfüllen. Im allgemeinen gilt entsprechend das oben S. 25 ff. Ausgeführte auch hier (so besonders betreffend

Täuschungshandlung, Täuschung, Dispositionsakt, Absicht rechtswidrigen Vermögensvorteils, Vorsatz). Nach dem dort Entwickelten ist auch hier aus den dort B b dd entwickelten Gründen (fehlende relative Identität, Nehmeakt statt Gebeakt) Betrug nicht anzunehmen. Was hier zu besprechen ist, ist nur der Punkt, in dem die veränderte Sachlage unseres Falles zu anderen Erwägungen führt: Die Frage der Vermögensschädigung.

Die Schädigung des Eigentümers kann, wie erwähnt, in verschiedenem gesucht werden.

1. Schädigung des Eigentümers durch Eigentumsverlust (das oben S. 27 ff. Entwickelte gilt hier entsprechend, aber mit gewissen Modifikationen). Zimmer (a. a. O. 126 und A. 3 daselbst) meint in dieser Richtung, daß in unserem Falle Betrug dem Eigentümer gegenüber nie vorliegen könne, da nach § 934 BGB. das Eigentum auf den Erwerber nicht übergehe, denn der Veräußerer sei weder mittelbarer Besitzer, noch „erlange“ der Erwerber den Besitz vom Drittbesitzer, entziehe ihn vielmehr durch verbotene Eigenmacht. Er nimmt also für unseren Fall Besonderes an. Dagegen ist zu sagen, daß § 934 BGB. vgl. mit § 931 BGB. nach der tatsächlichen Sachlage hier gar nicht in Betracht kommt, denn die Übertragung erfolgt hier nicht dadurch, daß der Veräußerer, Pseudoeigentümer, dem Erwerber einen Anspruch auf Herausgabe abtritt (§ 931 BGB.), sondern er fordert ihn auf, die angeblich in seinem (des Veräußerers) unmittelbaren Besitz stehende Sache zu holen, d. h. mit seiner Zustimmung Besitz an ihr zu ergreifen (was zur „Übergabe“ wohl genügen würde, vgl. Planck 2 zu § 929: „Besitzergreifen durch den Erwerber mit Zustimmung des Veräußerers genügt gleichfalls zur Übergabe“, Enneccerus § 66 I, 1 zu A. 3). Es ist in unserem Falle aber noch das zu prüfen, was Zimmer in „Entziehung durch verbotene Eigenmacht“ andeutet. Nämlich, ob, auch wenn man Diebstahl verneint, nicht durch den Verkauf seitens des Nichtgewahrsamsinhabers, dem die Sache bloß zugänglich ist, an den gutgläubigen Käufer und durch Abholen (d. h. Besitzergreifung) seitens des letzteren ein „Abhandenkommen“ erfüllt wird, somit nach § 935 BGB. Eigentumserwerb des gutgläubigen Käufers nicht möglich ist (abgesehen von Geld und Inhaberpapieren § 935 Abs. 2). Ein solches „Abhandenkommen“ liegt im Gegensatz zu dem Falle, in dem der Verkäufer Gewahrsam an der Sache hat (s. oben S. 29 ff., bes. 31), zweifellos vor, denn eine Sache ist dann abhandengekommen, wenn der bisherige unmittelbare Besitzer der Sache ohne oder wider seinen Willen den unmittelbaren Besitz verloren hat. Der Eigentümer der Sache (oder der andere oben S. 43 Genannte) hat aber

durch den Verkauf der Sache an den gutgläubigen Käufer und dessen Abholen ohne seinen Willen den unmittelbaren Besitz an dieser verloren, sie ist ihm also „abhandengekommen“, ein Eigentumserwerb des gutgläubigen Käufers ist (von den Ausnahmefällen in § 935 Abs. 2 abgesehen) somit nicht möglich; eine Schädigung des Eigentümers durch Eigentumsverlust liegt daher nicht vor, es kann also Betrug dann auch unter diesem Gesichtspunkt der Vermögensschädigung durch Eigentumsverlust nicht konstruiert werden.

2. Schädigung des Eigentümers[58]) durch Besitz-, Gewahrsamsverlust.

In unserem Fall ist Gewahrsamsverlust, Verlust unmittelbaren bezw. bei mittelbarem Besitz des Eigentümers Verlust mittelbaren Besitzes zweifellos.

aa) Es erhebt sich nur einmal die Frage, ob Gewahrsam und Besitz Vermögensbestandteil ist (vgl. Zimmer 126 A. 4), also seine Entziehung Vermögensschädigung bedeutet. Dafür s. Hegler im Archiv für Rechtsphil. 9, 155 bei A. 3 („zum Vermögen in diesem Sinne gehört vor allem auch der Besitz“), 377 (in der Gewahrsamsverschiebung liege schon eine einerseits schädigende, andererseits vorteilbringende Vermögensverschiebung); derselbe, Vergl. Darst. a. a. O 425 A. 2, 429 A. 2 und die g. M. Olshausen 29 zu 263 („die Entziehung des Besitzes einer Sache ... kann an sich schon eine Vermögensbeschädigung enthalten“) und dort Zitierte (besonders RG. 1, 57 f., 59 f.); Kapff, Unterschlagung 75 (das Überlassen des Gewahrsams an einer Sache vermindere für die Dauer dieser fremden Detention den Wert derselben für den Eigentümer bezw. den bisherigen Inhaber und schädige dadurch das Vermögen dieser Personen); and. M. besonders Binding a. a. O. 343, 354 f., s. auch 240, 244 A. 3; Hälschner, Gemeines dtsch. Strafrecht 2, 269; s. auch Frank 479 Ziff. 3. Ersterer Ansicht, die Besitz und Gewahrsam als Vermögensbestandteil auffaßt, ist beizutreten. Sie kann geltend machen (s. Hegler im Archiv a. a. O. 155), daß ja sonst Diebstahl keine Vermögensentziehung darstellte (also im Grunde kein Vermögensdelikt wäre), denn er entzieht nicht rechtliche, nur tatsächliche Herrschaft über die Sache. Die oben S. 63[59]) erwähnte Ansicht von Rimpau ist daher zutreffend.

---

[58]) In den oben S. 43 genannten Fällen, wo der Eigentümer nicht Gewahrsamsinhaber ist, käme dann der dritte Gewahrsamsinhaber als Geschädigter (bezw. event. der Besitzdiener, Besitzmittler auch als Geschädigter) in Betracht. Wir gehen aber im folgenden vom gewöhnlichsten Fall aus — für den anderen gilt das Gesagte entsprechend.

[59]) s. auch Zimmer a. a. O.

bb) Sodann fragt sich, ob man trotz Vindikationsmöglichkeit und ähnlicher Schutzbehelfe (§ 985 BGB., auch § 1007 Abs. 2 kommt wegen des „Abhandenkommens" in Betracht, abgesehen von Geld und Inhaberpapieren, ebenso § 861 Abs. 1 BGB., denn es liegt verbotene Eigenmacht vor, zu welcher ja Verschulden nicht erforderlich ist, s. Planck 1 b zu 858 BGB.) und damit der Möglichkeit der Wiedererlangung des Gewahrsams im Gewahrsamsverlust durch Fortnahme eine Vermögensbeschädigung erblicken will. Dagegen erklärt sich RGE. 25, 246 f., siehe oben S. 63, 64. Es ist aber wohl dies zu bejahen. Denn anstatt des Sicheren, des Gewahrsams, hat der Betreffende nur noch die unsichere Möglichkeit der Wiedererlangung des Gewahrsams, dies stellt eine Schädigung dar. Und weiter: das Zustehen eines Anspruchs auf Wiedererlangung ist Zeichen und eventuelles Heilmittel entstandenen Schadens, darf aber nicht als Entstehung eines Schadens ausschließendes Äquivalent in Rechnung gestellt werden; s. in der ersten Richtung Olshausen a. a. O. 22 zu 263 (ein Forderungsrecht sei dem wirklichen Besitze des Gegenstandes, worauf es gerichtet ist, nicht unbedingt gleichstehend); preuß. Obertribunal in Oppenhoffs Rspr. 17, 279 ff. (Z. 1). Zu beiden Richtungen vgl. weiter RGE. 1, 60: „Daß B die Restitution der Zigarren fordern konnte, steht der Annahme seiner Beschädigung nicht entgegen, da das Klagrecht auf einen entzogenen Vermögensbestandteil dem tatsächlichen Haben desselben nicht gleichsteht; die Möglichkeit eines Ausgleichs der durch die falschen Vorspiegelungen des Angeklagten veränderten Vermögenslage mittels Restitution und Entschädigung, wenn nötig durch Anrufen der Gerichte, schließt nicht aus, sondern beweist gerade, daß die Vermögenslage durch einen ungerechten Vorteil auf der einen und einen ungerechten Nachteil auf der anderen Seite verändert war". In der zweiten Richtung s. in einem entsprechenden Fall, betreffend Ersatzforderung Frank V, 4 zu 263 („daß zur Ausgleichung nur der vertragsmäßige Gegenanspruch, nicht der Delikts- oder Schadenersatzanspruch verwendet werden darf"); Hälschner a. a. O. 2, 255 f. A. 2 a. E., 266 Anm.; Hegler, Vergl. Darst. a. a. O. 427 f. (der Ersatzanspruch sei kein Gegenwert, den man im Wege der Gegenschiebung erhalte); Oppenhoff-Delius 13, 16, 29 zu 263; Rotering im GerS. 60, 269, 271; preuß. Obertribunal in Oppenhoffs Rspr. 11, 60, 12, 28, 14, 152, 17, 282; RG. in GoltdArch. 38, 193; RGSt. 39, 83. Anders im entsprechenden Fall Merkel in H. H. 3, 766 ff., besonders 767 (Existenz einer realisierbaren Forderung als ein den Betrug ausschließendes Äquivalent). Sofern also die Vermögensschädigung in Gewahr-

samsverlust gesucht wird, wäre dies Moment des Betruges gegeben, der Annahme des letzteren stehen dann nur andere, die oben genannten, Gründe entgegen.

C. Wird zu A Diebstahl, zu B Betrug zum Nachteil des Eigentümers bejaht (welch letzteres von uns nicht geschieht), so erhebt sich die Frage der Idealkonkurrenz von Diebstahl und Betrug zum Nachteil des Eigentümers.

Hier gilt entsprechend das oben S. 39, 40 für die Idealkonkurrenz von Unterschlagung mit Betrug zum Nachteil des Eigentümers Erörterte. Idealkonkurrenz kommt in Frage, denn auch hier besteht Identität — sogar hier völlige — der konkreten erfüllenden Handlungen beim Betrug: täuschendes Verhalten bei den Verkaufsverhandlungen (s. oben), täuschendes Überweisen der Sache, die zu Abholen und Wegbringen des gutgläubigen in Bewegung gesetzten Käufers führt, damit event. zu Eigentumsverlust an den gutgläubigen Erwerber bezw. zu Besitz-, Gewahrsamsverlust. Beim Diebstahl: dasselbe täuschende Verhalten, wodurch der Käufer in Bewegung gesetzt wird, die Sache abholt und wegbringt, damit „wegnimmt". Idealkonkurrenz beider Delikte ist möglich wegen Verschiedenheit des gestohlenen und durch Erschleichung entzogenen Objekts, wenn bei Betrug die Schädigung im Eigentumsverlust,[60]) nicht aber, wenn bei Betrug die Schädigung im Besitz-, Gewahrsamsverlust des Eigentümers gefunden wird,[61]) aber natürlich nur, wenn und soweit Betrug zum Nachteil des Eigentümers durch Eigentumsverlust überhaupt anzunehmen ist (s. oben). Gegen Annahme von Idealkonkurrenz von Diebstahl mit Betrug zum Nachteil des Eigentümers bei Verkauf fremder Sache Eckstein a. a. O. 419 (es sei nicht möglich, in ein und derselben Handlung jemandem eine Sache zu stehlen und sie ihm abzubetrügen),[62]) s. auch denselben 423 f. (wo Betrug zum Nachteil des Eigentümers überhaupt hier aus den oben S. 40 angeführten Gründen verneint wird.

D. Realkonkurrenz von Diebstahl, Unterschlagung und Betrug zum Nachteil des Eigentümers (entsprechend S. 40 ff.)

---

[60]) Verlust der Kaufsache — Verlust des Rechts an der Sache.

[61]) Hier bei beiden Delikten Verlust der Kaufsache, der tatsächlichen Herrschaft über dieselbe. Hier gilt aut-aut entsprechendes dem oben S. 39 f. unter bb Ausgeführten.

[62]) Daß Harburger a. a. O. 207 A. 2 und Meyer-Allfeld 6. Aufl. (1907) 456 eine solche Idealkonkurrenz annehmen, wie Eckstein a. a. O. 419 bei und in A. 41, 42, s. auch 423 A. 61, behauptet, ist unzutreffend. Beide reden a. a. O. von Konkurrenz eines Betrugs zum Nachteil des Käufers mit Diebstahl (zum Nachteil des Eigentümers). Ebenso verfehlt ist S. 419 A. 43 das Zitat von Olshausen 56 e II *a* zu 246 — soll heißen 263 —: Olshausen redet hier von einer ganz anderen Frage, der oben S. 40 ff. behandelten.

kommt hier nicht in Betracht, denn dem Verkäufer ist die Sache ja nur zugänglich, sie ist nicht vorher in seinen Gewahrsam gekommen bezw. in ihm gewesen, wie dort vorausgesetzt.

E. Sonstiges Delikt zum Nachteil des Eigentümers?

Merkel in H. H. 3, 764 A. 7 nimmt (in Widerspruch mit ebendaselbst 643 bei A. 2) in unserem Fall Unterschlagung an; s. dagegen mit Recht Hälschner, Gemeines dtsch. Strafrecht 2, 269 A. 2 a. E.: es sei nicht einzusehen, wie jemand die Sache, die er nicht besitzt,[63]) unterschlagen kann; gegen Unterschlagung auch Binding a. a. O. 278 oben.

F. Anhang.

Betreffend Strafbarkeit des Falles als Delikt zum Nachteil des Käufers, Betrug zu seinem Nachteil, s. im allgemeinen u. im 2. Kap. Hier ist nur anzuführen, daß solche gerade für unseren Fall des wissentlichen Verkaufs einer fremden Sache, die der Verkäufer nicht in Besitz und Gewahrsam hat, an einen gutgläubigen Käufer vielfach vertreten wird, s. außer den oben S. 64 bei der Literatur als zweifelhaft in dem Punkt, wer Beschädigter ist, Bezeichneten unzweifelhaft in dieser Richtung, speziell unter Annahme von Konkurrenz, wohl Idealkonkurrenz mit einem Aneignungsdelikt zum Nachteil des Eigentümers: für Konkurrenz mit Diebstahl besonders (s. auch unten S. 83) Harburger a. a. O. 207 A. 2 (zweifelhaft, ob ideale oder reale, offenbar aber wohl erstere); für Konkurrenz mit Unterschlagung Merkel a. a. O. 764 A. 7 (zweifelhaft, ob ideale oder reale, aber wohl ersteres), s. auch a. a. O. 643 (Betrug dem Käufer gegenüber). Es ist hier nur zu erwähnen, wie Merkel a. a. O. 643 A. 2 richtig bemerkt, daß in unserem Falle die Annahme eines Delikts, Betrugs, allein zum Nachteil des Käufers nicht befriedigen kann, da der Eigentümer zunächst als der Verletzte erscheint, s. auch Binding in LZ. 1916, 8 (Verweisung auf die Betrugsmöglichkeit könne nicht genügen — er versteht letztere im Sinne zum Nachteil des Käufers, s. daselbst 3 A. 4).

§ 5.

2. Käufer ist in bezug auf die verkaufte Sache nicht in gutem Glauben (i. S. des Strafrechts).

Die Ansicht, welche bei Gutgläubigkeit des Käufers Diebstahl seitens des Verkäufers verneint, verneint sie hier natürlich um so

[63]) Vielleicht noch früher zu formulieren: die ein anderer in Gewahrsam hat, wie hier vorausgesetzt, s. oben S. 43. Diese Fassung ist schon zu wählen wegen des Falles des Mitgewahrsams.

mehr, so ausdrücklich für unseren Fall Olshausen 24 zu 242 verb. „einem (gut- oder schlechtgläubigen) Dritten"; Oppenhoff a. a. O. 42 zu 242 (wegen fehlender Zueignungsabsicht); Schwarze 14 zu 242 (s. oben S. 60 verb. „rechtswidrig"). Aber auch die bei Gutgläubigkeit des Käufers Diebstahl seitens des Verkäufers bejahende Ansicht wird hier Diebstahlstäterschaft[64]) (Alleintäterschaft) bei dem Verkäufer verneinen. Es kann diese Ansicht aber hier im Gegensatz zum Falle des gutgläubigen Käufers Anstiftung bezw. Beihilfe seitens des Verkäufers zum, vielleicht auch Mittäterschaft desselben am Diebstahl des schlechtgläubigen Käufers annehmen; s. in dieser Richtung Oppenhoff a. a. O. 42 zu 242 (Gehilfe am Diebstahl des Käufers oder Anstifter bezw. „je nach Umständen" Anstifter); Hälschner, Gemeines dtsch. Strafrecht 2, 292 (handle der Wegnehmende mit dem Bewußtsein zu stehlen, so sei der andere Anstifter zum Diebstahl des Wegnehmenden); Schwartz 4 zu 242 (wisse in unserem Falle der Käufer um die Sachlage, so sei er der Dieb und der Verkäufer Teilnehmer); Pradzynski a. a. O. 36, 2 (Anstifter — wenn Pradzynski a. a. O. Olshausen 24 zu 242 als anderer Meinung bezeichnet, so ist dies ebenso falsch, als wenn jetzt Olshausen 24 zu 242 Pradzynski als anderer Meinung bezeichnet — beide nehmen doch an, daß bei Gut- und Schlechtgläubigkeit des Käufers der Verkäufer nicht Täter ist, weil er nicht Gewahrsam erlangt hat); Samml. von Entsch. d. bayr. OLG. (1904) 4, 66 f. Weiß der Käufer, daß betreffend die Sache der Verkäufer nicht berechtigt ist, so geht er hin und nimmt die fremde Sache bewußt und gewollt als solche ihrem Eigentümer weg in der Absicht, sie sich selbst rechtswidrig zuzueignen. Er begeht einen Diebstahl, der Verkäufer beteiligt sich dadurch, daß er den anderen auf die Gelegenheit zur Wegnahme der Sache aufmerksam macht und ihm dieselbe gestattet, am Diebstahl des Käufers, er empfängt auch das Entgelt nicht eigentlich für die Sache, sondern mehr für die Nachweisung der Gelegenheit und für die Gestattung ihrer Wegnahme. Vgl. Eckstein a. a. O. 419. Diebstahl in Mittäterschaft[65]) liegt weder nach der objektiven noch nach der modifizierten subjektiven Theorie des Reichsgerichts[66]) vor, denn der Verkäufer begeht keine Tatbestandshandlung des Diebstahls, auch wirkt er wohl meist im Augenblick der Ausführung des Diebstahls durch das Abholen und Wegführen seitens des Käufers nicht mit. Die Tat des Verkäufers be-

[64]) Betrug scheidet hier natürlich mangels Täuschung aus.

[65]) Ausdrücklich verneint auch vom OAG. Dresden in Sächs. Gerichtszeitg. (1875) 19, 299.

[66]) Über die rein subjektive Theorie s. sofort unten S. 72.

urteilt sich dann je nach dem Tatbestand des einzelnen Falles als Beihilfe oder Anstiftung und Beihilfe zum Diebstahl des Käufers. In dieser Weise — bei Gutgläubigkeit des Käufers Diebstahl seitens des Verkäufers in mittelbarer Täterschaft, bei Bösgläubigkeit des Käufers Diebstahl des Käufers mit Anstiftung bezw. Beihilfe seitens des Verkäufers — entscheidet sich besonders Galli in DJZ. 1915 471; Schwartz a. a. O. (s. oben S. 70); OAG. Dresden in Sächs. Gerichtszeitg. (1875) 19, 298 f., 301; so weiter Eckstein a. a. O. 419 (bei Bösgläubigkeit des Käufers ist dieser Dieb, der andere wegen Beihilfe zum Diebstahl zu bestrafen). Auch wenn man immerhin annimmt,[67]) daß bei dem Verkäufer auch hier, trotz Kenntnis der Bösgläubigkeit des Käufers,[68]) die Absicht vorlag, durch den Verkauf an ihn sich die Sache zuzueignen, kennzeichnet sich der Fall nicht als Diebstahl des Verkäufers in mittelbarer Täterschaft.[69]) Der Käufer ist hier nicht gutgläubiges Werkzeug, ebensowenig kann etwa der Käufer als doloses Werkzeug des Verkäufers betrachtet werden, denn der Käufer hat selbst die Absicht, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen und in dieser Absicht weggenommen, er verwirklicht dolos alle objektiven Tatbestandsmerkmale des Diebstahlsbegriffs, besitzt auch die erforderliche Absicht, die Absicht, sich die Sache rechtwidrig zuzueignen, und hat nicht den Teilnehmer-, sondern den Tätervorsatz. Nur dann kann bei dem dolos alle Tatbestandsmerkmale auf der objektiven Seite Verwirklichenden bloße Werkzeugnatur statt Täterschaft angenommen werden, wenn ihm die zur Täterschaft erforderliche Absicht, Sondereigenschaft fehlte oder (nach einer übrigens bestrittenen Ansicht) er die Tat nicht als eigene gewollt, bloßen Gehilfenwillen gehabt hat, vgl. Flegenheimer, Das Problem des dolosen Werkzeuges, Tübinger Diss. 1913, 3, 21 f. Keines von alledem liegt nach dem Sachverhalt unseres Falles vor. Sondereigenschaft kommt nicht in Betracht, die spezifische Absicht (Absicht rechtswidriger Zueignung) besitzt der Käufer, und wenn er diese Absicht, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen, besitzt, hat er nicht bloßen Gehilfenwillen. Es würden dann eben zwei Zueignungsabsichten nebeneinander

---

[67]) Was nach dem oben S. 61 Ausgeführten wohl auch hier entsprechend anzunehmen ist, trotz des S. 70 Gesagten (Entgelt eher für Nachweisung der Gelegenheit und Gestattung der Wegnahme).

[68]) Bei irrtümlich angenommener Gutgläubigkeit kommt Versuch (mit untauglichem Mittel) der zu 1 genannten Delikte in Frage, s. zu dieser Sachlage OAG. Dresden in sächs. Gerichtszeitg. 19, 299. Vgl. zu diesem Fall übrigens auch Frank 82 Z. 2 und dort zitiert.

[69]) s. gegen Annahme von Diebstahl des Verkäufers (und Hehlerei des Käufers) hier auch OAG. Dresden a. a. O. 298 f.

— übrigens verknüpft, s. sofort — herlaufen. Von der (reinen) subjektiven Theorie aus käme man dann zu dem Ergebnis, daß Verkäufer und Käufer als Mittäter [70]) handeln, da jeder die Absicht des Sichzueignens und damit dem anderen Zueignens hat, damit Hand in Hand jeder die Tat als eigene gewollt hat und dafür tätig wurde.

III. Der Verkäufer hat mittelbaren Besitz (i. S. des Zivilrechts) an der Sache.

Es erhebt sich nun aber noch die Frage, wie es zu beurteilen ist, wenn der Verkäufer die Sache zwar nicht im Gewahrsam hat, aber mittelbarer Besitzer derselben ist (diese Kombination wird in den Besprechungen unseres Falls regelmäßig nicht berücksichtigt; s. aber Binding a. a. O. 277 unten s. auch 275 unter I und speziell Rönnberg im Recht 10, 1345 ff., 1411 ff.). Insbesondere so, daß der Käufer als Besitzmittler im Gewahrsam ist. — Der Verkäufer hat etwa dem jetzigen Käufer die fremde (z. B. mit Eigentumsvorbehalt gekaufte, entliehene, gemietete) Sache früher (mit Erlaubnis des Eigentümers oder wenigstens ohne den Willen rechtswidriger Zueignung) geliehen oder in Verwahrung gegeben usw. und überträgt sie nachher ihm nach § 929 S. 2 BGB. zu eigen. Aber auch so, daß ein anderer, Dritter, in entsprechender Weise Besitzmittler ist und der Verkäufer dann dem Käufer nach § 931 BGB. oder § 930 BGB. die Sache zu eigen überträgt (z. B. Verkauf des an B verliehenen Buchs an einen dritten Liebhaber C).

§ 6.

1. Der Käufer ist bösgläubig (i. S. des Strafrechts).

a) Liegt hier Unterschlagung seitens des Verkäufers vor? Das ist die Frage, die sich hier vor allem entsprechend § 2 erhebt.[71]) Im allgemeinen ist der Fall wie bei § 2 zu behandeln, aber eine Besonderheit liegt hier vor: der Verkäufer hat die Sache hier nicht im Gewahrsam i. S. des Strafrechts.

aa) Für Bejahung von Unterschlagung trotzdem erklärt sich Binding a. a. O. 277 unten; er bejaht Unterschlagung auf Grund seiner „berichtigenden“, bedenklichen (s. unten S. 77) Auslegung der Worte: „die er in Besitz oder Gewahrsam hat“

[70]) vgl. so bayr. OLG., Samml. a. a. O. (wo §§ 47, 48 StGB. zitiert werden).

[71]) Diebstahl scheidet hier (und im folgenden § 7) mangels Wegnahme der Sache aus.

gleich „nicht durch Diebesgriff erlangt hat". Aneignung der Sache erfolgt durch eine Disposition über sie nach Art des Eigentümers: er verkauft das verliehene fremde Buch an den Entleiher (Käufer ist hier Besitzmittler), „dies enthält einen echten Aneignungsakt, wenn auch das Pseudoeigentum dabei nur Sekunden dauert." So weiter Rönnberg im Recht 10, 1411 ff. Unterschlagung sei auch an mittelbar besessenen Sachen möglich, „Besitz sei im Sinne des Zivilrechts zu verstehen, Unterschlagung sei — ähnlich wie bei Binding — rechtswidrige Zueignung ohne Entziehung der tatsächlichen Gewalt, nur das sei durch die Worte: „die er in Besitz oder Gewahrsam hat" ausgedrückt, die nur zur Markierung des Gegensatzes zum Diebstahl dienen, daher nicht nur als tatsächliche Gewalt über die Sache zu verstehen seien, sondern auch „Besitz" i. S. des Zivilrechts ohne tatsächliche Innehabung mitumfassen, dafür spreche auch die enge Beziehung zwischen „Besitz" und „Zueignung", letztere könne nur in Verfügung mit Hilfe des Besitzes erblickt werden.[72]) So auch RG. 6, 117 f. (Verkauf geliehener und mit Zustimmung des Eigentümers verpfändeter fremder Papiere ohne Zustimmung des Eigentümers an den Pfandnehmer; Unterschlagung wird bejaht mit der Begründung: nach § 246 könne sich nicht bloß der Gewahrsamsinhaber, sondern auch der „Besitzer" einer Unterschlagung schuldig machen, Angeklagter sei „unvollständiger Besitzer" der überlassenen Papiere durch Leihvertrag geworden und geblieben auch bei Verpfändung — s. gegen diese Begründung Binding a. a. O. 277 A. 3). In dieser Entscheidung sind bestimmte zivilrechtliche Vorschriften für den Begriff „Besitz" in § 246 als maßgebend erklärt, es ist hier der zivilrechtliche Besitzbegriff des preußischen Landrechts verwertet s. RGE. 37, 201 oben, so weiter RG. 13, 178 ff.

bb) Für Verneinung von Unterschlagung kann angeführt werden, daß der Täter im Augenblick der Tat nicht Gewahrsam an der Sache habe, was § 246 verlange, weil auch „Besitz" in § 246 gleich Gewahrsam, Innehabung, physisches Vermögen tatsächlicher Herrschaftsausübung zu verstehen sei. Letzteres die h. M.: Olshausen 8 b zu 246 (an ein wesentlich verschiedenes Verhältnis zur Sache sei dabei nicht zu denken), Frank 437 unter 3 („Besitz" sei i. S. von Gewahrsam zu verstehen;) Oppenhoff 24 zu 246 (nur zur Erläuterung sei beides gehäuft, gemeint sei tatsächliche Innehabung); v. Liszt 454 (Gewahrsam des Täters bei Unterschlagung), Meyer-Allfeld 500 A. 29 (Besitz im Sinne von Gewahrsam), s. auch Binding a. a. O. 286 („Besitz" und Gewahrsam in 246 sei tautolog) und die sofort anzuführende RGE. 37,

[72]) Darin liegt offenbar eher ein Gegenargument als ein Argument.

198 ff.; and. M., wie erwähnt, Rönnberg im Recht 10, 1411 ff. („Besitz" sei im Sinne des Zivilrechts zu verstehen). Im Sinne der Verneinung, daß hier Unterschlagung vorliege, vgl. schon RGE. 16, 241 (Verkauf geliehener, mit Zustimmung des Eigentümers verpfändeter fremder Papiere ohne Zustimmung des Eigentümers: widerechtliche Zueignung wird bejaht, aber nicht Unterschlagung, weil der Angeklagte bei der Aneignung nicht mehr besessen habe, „weder im Gewahrsam noch im Besitz" gewesen sei, aber darauf fußend, daß Besitz nach gemeinem Recht bei ihm nicht vorhanden gewesen sei; s. RGE. 37, 201 oben; und jetzt besonders RGE. 37, 198 ff.[73]) Verkauf vorher mit Zustimmung des Eigentümers verpfändeter fremder Papiere ohne Zustimmung desselben: rechtswidrige Zueignung, aber nicht Unterschlagung, weil die Papiere nicht in seinem Besitz seien. Der zivilrechtliche Besitzbegriff des Bürgerlichen Gesesetzbuch nicht maßgebend im Strafrecht, Besitz in § 246 bedeute „Innehabung", „physisches Vermögen tatsächlicher Herrschaftsausübung", „tatsächliche Verfügungsgewalt"; die in § 246 vorausgesetzte Beziehung des Täters zur Sache müsse in einer tatsächlichen Innehabung derselben bestehen, die Fassung „Besitz oder Gewahrsam" nötige nicht, beides verschieden aufzufassen). Verneinung von Unterschlagung weiter bei Baumgarten im Recht 14, 408 (der Fall der Überlassung einer fremden Sache zu Eigentum an einen Dritten, der sie besitzt, werde durch § 246 StGB. nicht getroffen); Zimmer a. a. O. 13 A. 2 („hält man an dem Erfordernis fest, daß der Täter die Sache im Zeitpunkte der Zueignung im Gewahrsam haben müsse, so kann man alle die Fälle nicht treffen, in denen ein anderer als der Täter die Sache im Gewahrsam hat", in diesen Fällen sei eine Zueignung nicht möglich, weil der Täter mittelbarer Besitzer sei und als solcher richtiger Meinung nach keinen Gewahrsam habe); derselbe 126 A. 1 a. E., s. auch 151 (für Abänderung de lege ferenda). Der zweiten Ansicht ist beizutreten, positiv spricht für sie die Entstehungsgeschichte (s. RGE. 37, 200 f.), negativ: die von Rönnberg vertretene Argumentation scheitert daran, daß „im mittelbaren Besitz" unmöglich gleich ohne Entziehung der tatsächlichen Gewalt stehen kann, denn der mittelbare Besitzer kann doch dem unmittelbaren die tatsächliche Geawlt entziehen, die Bindingsche Auffassung an der positiven Fassung des Gesetzes (s. unten S. 77).

b) Wird Unterschlagung verneint, und de lege lata wird wohl nach der Fassung des § 246 StGB. dem nicht auszuweichen sein, so erhebt sich die Frage der Strafbarkeit unter dem Gesichtspunkt eines anderen Delikts.

[73]) Gegen diese Entscheidung speziell Rönnberg a. a. O. 1346 ff., 1411 ff.

aa) Als solches kommt einmal in Betracht Untreue.[74]) Sie bejaht in der Tat RG. 16, 243 ff. (in der Annahme eines Bevollmächtigten i. S. von § 266 Abs. 1 Ziff. 2 sehr weit gehend); 37, 198 ff. (§ 266 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. bejahend); s. auch (de lege ferenda) Mittermaier in Aschrott, Reform des StGB. 2, 355 („typischer Untreuefall"); dagegen andererseits Binding 277 A. 3 a. E., auch Zimmer a. a. O., s. besonders 151 A. 1 gegen Untreue. Untreue i. S. des § 266 Ziff. 2 läge („über . . . Vermögensstücke . . . verfügen") wohl erst[75]) mit käuflicher Sachübereignung (s. oben S. 72) vor, anders, falls Ziff. 1 oder 3 des § 266 in Betracht käme. Untreue wird in unserem Fall oft nicht gegeben sein, sie liegt nur vor, wenn eines der Verhältnisse des § 266 StGB. zutrifft, was nicht der Fall ist bei allen nicht anvertrauten Sachen, z. B. Sachen, die als verlorene zuerst in Gewahrsam des Täters, Verkäufers gekommen sind, nachher von ihm einem anderen in Gewahrsam gegeben wurden (ohne Zueignung bis zum Verkauf) und auch bei anvertrauten wegen der engen Fassung dieser Beziehungen in § 266 sehr oft nicht (vgl. Rönnberg a. a. O. 1347), selbst wenn man auch indirekte Stellvertretung für § 266 Ziff. 2 genügen läßt, wie RGE. 7, 377, und Olshausen 6 a zu 266 es tun.

bb) Man könnte weiter bei der hier vorausgesetzten Bösgläubigkeit des Käufers auch an Unterschlagung seitens des Käufers und Teilnahme daran (Anstiftung und Beihilfe bezw. Beihilfe[76]) seitens des Verkäufers denken (s. näher unten S. 108 f.). Aber das hilft nach der Fassung des § 246 StGB. nichts, wenn der Käufer nicht Gewahrsamsinhaber ist, es läßt sich dies nur dann annehmen, wenn er letzteres ist (was allerdings praktisch der Hauptfall sein wird).[77]) Wir kommen daher zu dem Resultat, daß hier de lege lata event. Straflosigkeit vorliegt (s. auch Zimmer a. a. O. hypothetisch, aber zu weit gehend; Binding 275, I) Diebstahl begeht der Verkäufer nicht, weil er nicht wegnimmt,[78]) Unterschlagung nicht, weil er nicht im Gewahrsam ist, Untreue nicht, weil er nicht Bevollmächtigter usw. ist, Teilnahme an Unterschlagung nicht, weil der Käufer nicht Gewahrsamsinhaber ist. Eine Ausfüllung diese Lücke de

---

[74]) Unterschlagung und Untreue schließen sich bezüglich derselben Sache seitens derselben Person richtiger Ansicht nach aus, s. näher unten S. 109.

[75]) vgl. Olshausen 9 b a. E. zu § 266 und dort Zitierte.: Frank III zu § 266.

[76]) Nicht Mittäterschaft, da der Verkäufer eben nicht im Gewahrsam ist, s. S. 73 f., s. auch unten S. 92 f., 109 und vgl. A. 85.

[77]) Im gegenteiligen Fall könnte nur Teilnahme an einer Unterschlagung des Käufers durch späteren Aneignungsakt desselben — nach Gewahrsamserlangung seitens desselben — in Frage kommen. Siehe noch unten 109 unter C und vgl. S. 78.

[78]) s. oben 72 A. 71.

lege ferenda wäre geboten, so auch Zimmer a. a. O.; Baumgarten im Recht 14, 408, da der Fall zweifellos strafwürdig ist.

§ 7.

2. Der Käufer ist gutgläubig (i. S. des Strafrechts).

a) Betreffend Unterschlagung seitens des Verkäufers gilt das oben § 6 Gesagte, ebenso betreffend Untreue; klar ist, daß hier eine Teilnahme des Verkäufers an Unterschlagung des Käufers (§ 6 b bb) nicht in Betracht kommt, da letzterer in gutem Glauben handelt.[79])

b) Es fragt sich aber hier noch: liegt nicht Betrug zum Nachteil des Eigentümers vor bei solcher Gutgläubigkeit des Käufers?

Diese Frage ist im allgemeinen wie bei I § 3 (S. 23 ff.) zu behandeln (als Schädigung des Eigentümers kommt natürlich nur Eigentums-, nicht Gewahrsamsverlust desselben in Betracht), also zu verneinen. Modifikationen bestehen hier für die Frage des Eigentumserwerbes durch den Gutgläubigen — Eigentumsverlust durch den Eigentümer, damit der Vermögensschädigung. Es gilt zwar auch hier im allgemeinen das oben S. 27 ff. Bemerkte. Aber es kommt hier speziell bei Verkauf an den Besitzmittler in Betracht, § 932 Abs. 1 Satz 2 verglichen mit § 929 Satz 2 BGB. (wenn Erwerber im Besitz der Sache ist, genügt Einigung über die Übergabe des Eigentums, Erwerb in gutem Glauben findet hier statt, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte, wie hier vorausgesetzt), speziell bei Verkauf an einen anderen als den Besitzmittler, § 934 verglichen mit § 931 BGB. (Erwerb in gutem Glauben, wenn der Veräußerer, wie hier, mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe an ihn), auch § 933 verglichen mit § 930 (Übertragung durch constitutum possessorium: der Gutgläubige wird hier zunächst nicht Eigentümer, also ist insolang Betrug zum Nachteil des Eigentümers durch Eigentumsentziehung ausgeschlossen).

c) Betreffend Idealkonkurrenz von Betrug zum Nachteil des Eigentümers, wenn solcher überhaupt angenommen wird,[80]) mit den zu a behandelten Delikten gilt hinsichtlich der Unterschlagung, falls solche überhaupt bejaht wird,[81]) entsprechend

---

[79]) Ebenso nicht Teilnahme an Unterschlagung des Käufers durch späteren Aneignungsakt desselben, s. oben A. 77, da dieser bei Gutgläubigkeit keine solche begeht. Es kommt aber dann mittelbare Täterschaft des Verkäufers in Betracht, entsprechend unten S. 78.

[80]) Was nach dem oben S. 32 ff. Ausgeführten zu verneinen ist.

[81]) Was dem oben S. 73 f. Bemerkten nach unsererseits nicht geschieht.

das in § 3 S. 39 f. Bemerkte (mit der eben unter b erwähnten Modifikation, betreffend den Eigentumserwerb). Hinsichtlich der Untreue, soweit solche bejaht wird, kommt Idealkonkurrenz mit Betrug nicht in Betracht, insofern Eigentumsübergang auf den Käufer Ausfluß der — mißbrauchten — Vertretungsmacht des Verkäufers als Bevollmächtigten usw. bei der Übereignung ist, nicht Folge der Täuschung des gutgläubig erwerbenden Käufers. Betrug wäre dann also ausgeschaltet, s. auch Olshausen 16 a β zu § 266: kein ideal konkurrierender Betrug bei Schädigung, die bereits durch die „untreue" Handlung selbst, nicht erst auf dem Wege einer Handlung des Getäuschten herbeigeführt ist.

d) Betreffend Realkonkurrenz eines etwa angenommenen Betrugs zum Nachteil des Eigentümers mit Diebstahl, Unterschlagung bei vorher gestohlener oder unterschlagener Sache [82]) gilt Entsprechendes wie oben § 3 S. 40 ff. (mit den oben unter b angeführten Modifikationen des Eigentumserwerbes).

§ 8.

IV. Der Verkäufer hat keinen Gewahrsam oder (mittelbaren) Besitz an der Sache, diese steht in niemands Gewahrsam und ist ihm zugänglich.

Dieser Fall dürfte selten vorliegen, ist aber immerhin möglich, z. B. bei verlorenen Sachen. Der Verkäufer verkauft hier ähnlich wie im Fall II wissentlich die fremde Sache, die ihm zugänglich ist (z. B. bei Kenntnis des Ortes, wo die verlorene Sache sich befindet), einem (gut- oder schlechtgläubigen) Dritten und bezeichnet oder überweist sie ihm zur Abholung, letzterer holt sie nun ab und bringt sie fort. Klar ist,[83]) daß hier nicht Diebstahl in Betracht kommt, da die Sache in niemands Gewahrsam steht.

A. Nach der herrschenden Meinung kommt hier auch nicht Unterschlagung seitens des Verkäufers in Betracht, da dieser die Sache nicht „in Besitz oder Gewahrsam hat", wie § 246 StGB. lautet, wonach also positiv Gewahrsam des Täters verlangt wird, s. im Sinne der herrschenden Meinung Frank II, 3 zu § 246; Olshausen 8 zu § 246 und dort zitierte Literatur und Judikatur. Eine andere Meinung dagegen verlangt zu Unterschlagung nur negativ, daß die Sache nicht durch Bruch fremden Gewahrsams erlangt ist, so besonders Binding 275 („nicht durch Diebsgriff erlangt"); Rönnberg a. a. O. (s. oben S. 74) und neuestens auch RGE. 49, 198 („nur entscheidend ...,

---

[82]) Die dann einem Dritten in Gewahrsam gegeben wurde.

[83]) Das oben S. 44 Bemerkte, betreffend Kaufabschluß usw., gilt auch hier.

daß die Besitzerlangung nicht durch Entziehung des Gegenstandes aus dem Gewahrsam eines anderen erfolgt sei"). Nach dieser letzteren Ansicht wäre hier wohl Unterschlagung seitens des Verkäufers gegeben durch die Übereignung[84]) und Gewahrsamserlangung des Käufers bei Gutgläubigkeit desselben, entsprechend dem oben § 4 Ausgeführten. Bei Bösgläubigkeit desselben käme ähnlich dem § 5 Ausgeführten wohl Teilnahme des Verkäufers an der Unterschlagung des Käufers in Betracht, und zwar hier (nach allen Theorien) Mittäterschaft, da beide — der Verkäufer durch die Übereignung (Bezeichnung, Überweisung zum Abholen), der Käufer durch die Gewahrsamsergreifung in Zueignungsabsicht — Tatbestandshandlungen der Unterschlagung (Zueignung) vornehmen und bei beiden die Absicht sich zuzueignen, damit der Wille der Tat als eigner (s. entsprechend oben S. 71 f.) vorliegt. Die erstere Ansicht erscheint dem deutlichen positiven Wortlaut des § 246 StGB. gegenüber als richtig, so sehr de lege ferenda hier eine Abänderung zu wünschen wäre, s. auch schon oben S. 74.

B. Wird sie angenommen, so kann ein deliktisches Handeln des Verkäufers gegen den Eigentümer zwar in Betracht kommen, aber nur in Form der Beteiligung an der Aneignung seitens des Käufers, nachdem dieser Gewahrsam an der Sache erlangt hat, im übrigen analog zu Z. II.

a) Der Käufer ist bösgläubig. Hier kommt Beihilfe[85]) bezw. Beihilfe und Anstiftung des Verkäufers an der Unterschlagung des Käufers durch Aneignungsakte desselben nach Gewahrsamserlangung (wie bei Fundunterschlagung) in Betracht.

b) Der Käufer ist gutgläubig. Dann kommt Unterschlagung seitens des Verkäufers in mittelbarer Täterschaft in Betracht. Es kann hier entsprechend angezogen werden das oben § 4 über Wegnahme und Zueignung Ausgeführte hinsichtlich der Gewahrsamserlangung und Zueignung: dadurch, daß das gutgläubige Werkzeug auf sein Bezeichnen, Überweisen zum Abholen hin Gewahrsam erlangt und sich dann die Sache rechtswidrig zueignet, begeht der Verkäufer als Leiter der Aktion Unterschlagung. Aber jedenfalls nur insoweit, als der Käufer nicht seines guten Glaubens wegen durch die Übereignung (s. oben S. 65 f. entsprechend) Eigentum erwirbt, also bei abhandengekommenen, besonders verlorenen Sachen, abgesehen von Geld und Inhaberpapieren. Soweit dies dagegen der Fall ist, sind dessen

---

[84]) s. oben S. 77 A. 83.

[85]) Nicht Mittäterschaft, da er selbst nicht Gewahrsam hat, was ja nach dieser Ansicht Voraussetzung der Täterschaft bei Unterschlagung ist, vgl. oben S. 75 A. 76 und unten S. 92.

der Gewahrsamserlangung folgende Zueignungsakte nicht rechtswidrige Zueignung. Hier besteht also jedenfalls keine strafbare Handlung des Verkäufers gegen den Eigentümer.[86]) Aber auch im ersten Falle besteht Zweifel, ob nicht nur der Täter — auch mittelbarer — der Unterschlagung sein kann, der selbst in Gewahrsam ist.[87])

Zweites Kapitel.

Delikt des Verkäufers dem Käufer gegenüber.

§ 9.

Wie wir im ersten Kapitel gesehen haben, begeht durch den wissentlichen Verkauf einer fremden Sache der Verkäufer gegenüber dem Eigentümer der Sache je nach dem Sachverhalt Unterschlagung oder Diebstahl. Nun ist die Frage zu untersuchen, ob der Verkäufer sich durch den wissentlichen Verkauf der fremden Sache nicht auch zum Nachteil des Käufers der Sache einer strafbaren Handlung, des Betrugs, schuldig macht. Natürlich kommt dies nur in Frage bei Gutgläubigkeit desselben i. S. des Strafrechts, wenn er nicht in den wissentlichen unberechtigten Verkauf der fremden Sache durch den Verkäufer eingeweiht ist. Ist ihm das mangelnde Recht des Verkäufers bekannt, so scheidet Betrug von vorneherein aus, weil er dann nicht getäuscht ist.

A. Die Frage des Betrugs zum Nachteil des Käufers ist auch hier wieder in entsprechender Weise wie oben S. 25 ff. zu behandeln.

aa) Täuschungshandlung.

Hier gilt das oben S. 25—27 Gesagte. Es handelt sich auch hier um Täuschung über das Recht des Verkäufers zum Verkauf.

bb) Betreffend Täuschung gilt das oben S. 27 Bemerkte.

cc) Vermögensbeschädigung, hier des Käufers.

Es ist zu untersuchen, ob hier eine Vermögensbeschädigung speziell auf seiten des Käufers vorliegt, ob die infolge der Täuschung vorgenommene Vermögensdisposition, als welche

---

[86]) Betrug zum Nachteil des Eigentümers durch Eigentumsentziehung ist aus den oben S. 23 ff. entwickelten Gründen zu verneinen.

[87]) s. entsprechend A. 85.

hier die Zahlung des Kaufpreises gegen Erwerb der Sache in Betracht kommt (s. unten unter dd), dem Käufer einen Vermögensschaden verursacht. Für die Beantwortung dieser Frage ist entscheidend, ob der Käufer Eigentümer der Sache wird. Ist dies der Fall, so ist er nicht beschädigt, falls die Sache entsprechenden Wert besitzt (vgl. RGE. 49, 16 f.), da ihm ja Eigentum der Sache als Äquivalent für den Kaufpreis verschafft ist (vgl. RG. a. a. O.; Hegler a. a. O. 437: wenn nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Erwerb in gutem Glauben der Erwerber Eigentümer werde, so sei keine Vermögensbeschädigung und damit kein Betrug gegeben; Olshausen 22 zu 263; Dürbig im Recht 7, 441; Binding a. a. O. 353 Anm.; Eckstein a. a. O. 420). Ist es nicht der Fall, so ist er um den gezahlten Kaufpreis, für den er nicht die Kaufsache zu eigen erhält, geschädigt (s. auch Schütze 472 A. 10; Olshausen 22 zu 263; Oppenhoff 15 a. E. zu 263; Eckstein 421 unten; s. freilich auch bei demselben Unhaltbares 422 oben und ganz unverständlich S. 424 bei A. 65; die Polemik gegen Oppenhoff a. a. O. über die Frage, ob der Käufer der Sache Eigentümer wird, s. oben S. 28 ff., es hängt dies in erster Linie davon ab, ob er sich in gutem Glauben i. S. des Zivilrechts befand (Ausnahme: kein Eigentumserwerb trotz guten Glaubens des Käufers bei gestohlenen, verlorengegangenen oder sonst abhandengekommenen Sachen, Ausnahme von der Ausnahme: Geld und Inhaberpapiere). Betrug zum Nachteil des (s. oben S. 79) gutgläubigen (i. S. des Strafrechts) Käufers kommt hiernach auf Grund des heutigen Rechts[88]) in Betracht[89]): 1. wenn Käufer trotz strafrechtlicher Gutgläubigkeit bösgläubig i. S. des Zivilrechts ist (d. h. falls der Irrtum des Käufers auf grober Fahrlässigkeit beruht), § 932 Abs. 2 BGB.; 2. sonst, wenn es sich um gestohlene oder verlorene oder sonst abhandengekommene Sachen handelt, abgesehen von Geld, Inhaberpapieren (s. darüber oben S. 28 ff. besonders über die Frage, ob auch unterschlagene Sachen hierher gehören. Werden sie den gestohlenen gleichgestellt (so Binding a. a. O. 353 f. A. 5), dann kommt Betrug zum Nachteil des Käufers bei ihnen in Betracht (so Binding a. a. O.), weil dann kein Eigentumserwerb des gutgläubigen Käufers stattfindet. Wenn nicht (so herrschende Meinung), dann liegt in unserem Fall wegen des Eigentumserwerbs des

[88]) Nach früherem Recht war Betrug zum Nachteil des Käufers in der Regel dann gegeben, wenn eine Sache vom Nichteigentümer verkauft wurde, da der Käufer hier regelmäßig kein Eigentum an der Sache erwarb, s. oben S. 28 und Olshausen 22 zu 263.

[89]) s. Olshausen 22 zu 263; Binding a. a. O. 353 Anm.

Gutgläubigen kein Betrug zum Nachteil des Käufers vor, s. RGE. 49, 16 ff., ausgenommen die oben S. 29 genannten Fälle: Fundunterschlagung usw., bei diesen liegt wieder Betrug zum Nachteil des Käufers vor (s. *Binding* 354 Anm. a. E.), weil hier dieser jedenfalls kein Eigentum erwirbt. 3. Im Fall § 933 BGB. (Übertragung durch *constitutum possessorium*) wird auch der Gutgläubige (i. S. des Zivilrechts) zunächst nicht Eigentümer, es ist also hier event. Betrug auch zum Nachteile des *gutgläubigen* (i. S. des Zivilrechts) Käufers möglich, wenn sofort gezahlt wird, s. auch *Dürbig* im Recht 71, 442 (noch mehr gilt das natürlich, wenn der Vertrag auf *spätere Übertragung* [Übergabe] der Sache geschlossen wäre und jetzt schon gezahlt wird; s. *Olshausen* 22 zu 263; *Schwartz* 592 oben; *Dürbig* im Recht 7, 441 f.).[90])

dd) *Dispositionsakt.*

Der durch die Täuschung verursachte, die Vermögensschädigung herbeiführende Dispositionsakt liegt hier bei Annahme eines Betrugs zum Nachteil des Käufers im Abschluß und der Erfüllung des Kaufvertrags (s. RGE. 49, 16 unten) durch Zahlung des Kaufpreises seitens des getäuschten Käufers.

α) *Die Frage der Identität.*

Hier ist (im Gegensatz zum Betrug zum Nachteil des Eigentümers, s. oben S. 32 ff.) *Identität* des Getäuschten (*Käufers* bei Gutgläubigkeit desselben) und Geschädigten (*Käufers*, der ja hier allein als Geschädigter in Betracht gezogen wird) gegeben, insofern also steht der Annahme von Betrug nichts im Wege.

β) *Gebeakt.*

Das Disponieren des getäuschten Käufers besteht hier in einem *Gebeakt* des Getäuschten, nämlich in der Hingabe des Kaufpreises, also besteht auch in dieser Beziehung kein Hindernis (vgl. oben S. 36 f.) für Annahme von Betrug.

---

[90]) Wurde der *Käufer* in *Wirklichkeit* nach den genannten Grundsätzen *Eigentümer*, *wußte der Verkäufer* dies aber — infolge mangelhafter Zivilrechtskenntnisse — *nicht*, nahm dieser infolgedessen Vermögensschädigung des Käufers in seinen Vorsatz auf, so liegt Versuch am untauglichen Objekt mit untauglichem Mittel (gutgläubiger — nicht abhandengekommene Sache) vor; vgl. so *Eckstein* a. a. O. 421 A. 51 (untaugliches Objekt, Betrugsversuch); das RGSt. 49, 20 nimmt hier strafbaren Betrugsversuch an, ob Strafbarkeit als Versuch anzunehmen ist, hängt von der Stellungnahme zum Problem des Versuchs am untauglichen Objekt und mit untauglichen Mitteln ab. Gegen das „Bedürfnis" solcher Bestrafung wegen Betrugsversuchs *Dürbig* im Recht 7, 441 f.

ee) Die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen,

ist bei Betrug zum Nachteil des Käufers zweifellos nach allen Auffassungen gegeben. Der rechtswidrige Vermögensvorteil besteht in der Erlangung des Kaufpreises, auf den ein Rechtsanspruch des Verkäufers nicht bestand, weil dem Käufer nicht Eigentum an der Kaufsache verschafft werden konnte, er ist auch dem Vermögen eines anderen, des Käufers, im Widerspruch mit den Grundsätzen des Privatrechts zu entziehen beabsichtigt, auf seine Kosten, unter Schädigung seines Vermögens, der für sein Geld nicht das Äquivalent des Eigentums an der Kaufsache erhält.

ff) Der Vorsatz (s. oben S. 38) ist hier auch im Punkt der Schädigung gegeben, daß er den Käufer schädigt, stellt sich bei vorliegender Schädigung desselben der Verkäufer fremder Sache wohl stets vor (wenigstens als möglich, was genügt).[91])

Es ist somit Betrug zu bejahen, soweit der Käufer nicht Eigentümer der Kaufsache geworden ist.

B. Idealkonkurrenz von Betrug zum Nachteil des Käufers und Unterschlagung, Diebstahl zum Nachteil des Eigentümers?

Die Frage der Konkurrenz von Diebstahl bezw. Unterschlagung zum Nachteil des Eigentümers (s. oben im 1. Kap.), mit Betrug zum Nachteil des Käufers, begangen durch den Verkauf der fremden Sache (s. unter A), ist bei Bejahung beider Delikte noch zu behandeln.

a) Es ist zunächst zu betonen, daß hier, ähnlich wie schon oben (S. 39 f., 68) betreffend Betrug zum Nachteil des Eigentümers entsprechend ausgeführt, wenigstens teilweise Identität der konkreten Handlungen besteht, durch welche die Tatbestände der beiden Delikte erfüllt werden: täuschendes Verhalten bei den Kaufverhandlungen (täuschendes Angebot oder täuschende Vorverhandlungen, täuschender Abschluß des Kaufs), täuschende Übergabe oder Bezeichnung, Überweisung der Sache als gemeinsam, dadurch Unterschlagung, dadurch verursacht Kaufpreiszahlung betreffend Betrug, Abholen und Wegbringen der Sache seitens des Käufers, betreffend den Diebstahl und die Unterschlagung im Fall § 8. Also ist jedenfalls Idealkonkurrenz indiziert.

b) Idealkonkurrenz zwischen diesen Aneignungsdelikten zum Nachteil des Eigentümers und Betrug zum Nachteil des Käufers ist hier schon deshalb denkbar, weil ja zwei verschiedene

[91]) Über die umgekehrte Frage: Vorstellung einer objektiv nicht vorhandenen Schädigung s. oben S. 81 A. 90.

Personen als geschädigt in Betracht kommen, der Eigentümer und der Käufer, hier schließen sich die beiden Delikte sicherlich nicht aus, trotzdem es sich um dieselbe fremde Sache als Kaufsache handelt. Das Aneignungsdelikt des Verkäufers zum Nachteil des Eigentümers kann unter Willensumgehung des Eigentümers, der Betrug zum Nachteil des Käufers unter Willensmißbrauch des Käufers erfolgt sein. Die Verschiedenheit des verschobenen Objekts ist hier noch eklatanter: bei Diebstahl, Unterschlagung die fremde Sache, bei Betrug zum Nachteil des Käufers der Kaufpreis. Es ist daher Idealkonkurrenz anzunehmen, falls die Momente der Delikte überhaupt an sich zutreffen, worüber oben das Nähere gesagt ist. Für Annahme solcher Idealkonkurrenz sprechen sich aus Harburger a. a. O. 207 A. 2 (mit Diebstahl); Meyer-Allfeld 6. Aufl. (1907) 456; Schwartz 7 zu 242 (beide mit Diebstahl); Merkel in H. H. 3, 764 A. 7 (mit Unterschlagung); s. auch denselben a. a. O. 643 A. 2 (mit Diebstahl); alle betreffend den Fall oben § 4 (Nichtgewahrsam des Verkäufers, fremder Gewahrsam), alle die Konkurrenz nicht ausdrücklich als Idealkonkurrenz bejahend, aber offenbar solche meinend; weiter Schütze a. a. O. 472 A. 10 (Idealkonkurrenz mit Diebstahl, s. verb. „durch eine Handlung"); anderer Meinung offenbar Eckstein a. a. O. 422 ff.; s. 423 oben (bei „Zusammenfallen" der Handlungen wie bei der „Unterschlagung durch Veräußerung" gelte dasselbe wie in dem sofort zu besprechenden Fall C), 424 (verb. „durch Veräußerung unterschlägt") aus denselben Gründen wie bei C (s. unten).[92]

C. Auch Realkonkurrenz von Betrug zum Nachteil des Käufers mit vorangegangenem Diebstahl, Unterschlagung zum Nachteil des Eigentümers kann in Frage kommen. Es ist dies der Fall, wenn jemand eine fremde Sache zum Nachteil des Eigentümers gestohlen, unterschlagen hat und sie nachher an den Gutgläubigen, der nicht Eigentümer wird (s. darüber oben), verkauft, so daß der Käufer als beschädigt erscheint. Hier ist Realkonkurrenz von Diebstahl, Unterschlagung mit Betrug[93]) schon wegen Verschiedenheit der jeweils verletzten Personen — dort der Eigentümer der gestohlenen, unterschlagenen Sache,[94]) hier der Käufer — anzunehmen; s. in dieser Richtung

---

[92]) Entsprechend ist auch der Fall zu behandeln, daß der gutgläubige, getäuschte Käufer der Eigentümer selbst ist, die Identität von Käufer und Eigentümer, die Identität des Geschädigten in beiden Beziehungen ist sozusagen nur eine zufällige.

[93]) Höchstens kann letzterer wegen mangelnden Bewußtseins der Vermögensbeschädigung entfallen, s. entsprechend oben S. 42.

[94]) Entsprechend ist auch der Fall zu behandeln, wenn der, der eine Sache

auch RGE. 38, 193 (auch der Fall RG. in GoltdArch. 50, 274 gehört hierher, obgleich die Entscheidung selbst nicht auf dies Moment abstellt); Olshausen 56 e II α a. E. zu 263; Binding 353 A. 5; s. auch Höpfner, Diebstahl u. Unterschlagung 147, der aber Idealkonkurrenz annimmt, weil mit Rücksicht auf die Einheit der Absicht des Täters Einheit des Handelns anzunehmen sei — eine Ansicht, der nicht beigetreten werden kann, da Einheit des Vorsatzes nicht zu bejahen ist. Anderer Meinung sind Sauer in GoltdArch. 68, 293, A. 26 a. E. (weil natürliche „Nachhandlung“ vorliege, aber es tritt doch eine neue Interessenverletzung — s. denselben a. a. O. 292 — ein); wohl auch Frank XI, 3 zu 263 (die Vermögensbeschädigung sei schon vorher eingetreten); s. auch die bei Rönnberg im Recht 10, 1349 f. zit. Entscheidung des Reichsgerichts. Besonders aber wird die Ansicht, daß in unserem Fall Realkonkurrenz von Diebstahl, Unterschlagung mit Betrug zum Nachteil des Käufers vorliege, bekämpft von Eckstein a. a. O. 422 ff. (der nur Unterschlagung, Diebstahl annimmt) in höchst unklaren Ausführungen, die fortgesetzt Heterogenes (Frage der Idealkonkurrenz von Betrug zum Nachteil des Käufers und Unterschlagung, Frage eines Betrugs zum Nachteil des Eigentümers und seines Zusammentreffens mit Diebstahl, Unterschlagung) einmischt. Seine Gründe sind (soweit hierher gehörig, was er sonst S. 423 bringt, betrifft die ganz andere Frage des Betrugs zum Nachteil des Eigentümers) folgende:

1. Es fehle betreffend den Betrug am Moment der Bereicherungsabsicht seitens des Verkäufers, denn die Bereicherung liege bereits in der vorangegangenen strafbaren Zueignung.[95] Aber bisher hatte doch der Täter die fremde, dem Herausgabeanspruch ausgesetzte Sache, nun will er Geld zu Eigentum! Er erstrebt also durch den Verkauf eine erhöhte Sicherung seines Vermögens, wodurch sich seine Gesamtvermögenslage günstiger gestaltet. Wieso der Diebstahl, die Unterschlagung den nachherigen Betrug rechtlich sanktionieren soll (a. a. O. 422: „die erste Handlung mache die zweite zu einer nicht unrechtmäßigen“), ist wirklich unerfindlich.

2. Es fehle am Moment der Schädigung. Der Dieb, der die gestohlene Sache verkaufe, schädige nicht zweimal, sondern einmal, allerdings alternativ zwischen zwei Personen: entweder der Eigentümer oder der Käufer sei der endgültig Geschädigte. —

---

gestohlen, unterschlagen hat, sie nachher unter Täuschung an den Eigentümer selbst verkauft; es gilt hier entsprechend das zu B Gesagte, richtig Beling, Lehre vom Verbrechen 319 (Realkonkurrenz von Diebstahl und Betrug hier annehmend).

[95]) s. in dieser Richtung auch die oben genannte, bei Rönnberg zit. Reichsgerichtsentscheidung.

Dagegen ist einzuwenden: geschädigt sind zunächst beide; der Eigentümer hat die Sache de facto nicht mehr, nur noch de iure, der Käufer umgekehrt für sein Geld sie nur de facto, aber nicht de iure. Wie der Fall dann endgültig ausgeht — ob der Eigentümer die Sache wiedererlangt, der Käufer dagegen sein Geld verloren hat, oder umgekehrt —, davon kann doch die strafrechtliche Beurteilung nicht abhängen! Übrigens würde daraus gar nicht das von Eckstein a. a. O. 424 aufgestellte Resultat — wer eine Sache stiehlt oder unterschlägt und sie dann veräußert, begeht nur ein Entwendungsdelikt und keinen Betrug — folgen, sondern der endgültige Ausgang müßte entscheiden, ob Unterschlagung bezw. Diebstahl oder Betrug vorläge.

Drittes Kapitel.

Delikt des Käufers dem Eigentümer gegenüber.

Beim wissentlichen Verkauf einer fremden Sache kann sich der Käufer nur dann einer strafbaren Handlung dem Eigentümer der Sache gegenüber schuldig machen, wenn ihm bekannt ist (betr. § 259 StGB. „den Umständen nach annehmen mußte", s. unten S. 97 f.), daß betr. die verkaufte Sache der Verkäufer nicht berechtigt ist, also der gute Glaube (im Sinne des Strafrechts) fehlt. Es kann hier dem Eigentümer gegenüber entweder Sachhehlerei oder Teilnahme an der vom Verkäufer gegen den Eigentümer verübten Deliktstat oder Unterschlagung, Diebstahl seitens des Käufers selbst in Betracht kommen.

§ 10.

I. Der Verkäufer hat Gewahrsam an der Sache.

A. Das Vorliegen von Hehlerei seitens des Käufers.

1. Die Tatbestandshandlung der Hehlerei besteht in einem Verheimlichen, Ankaufen, zum Pfandnehmen oder sonstigem Ansichbringen einer durch eine strafbare Handlung erlangten Sache. Beim wissentlichen Verkauf einer fremden Sache kommt speziell das „Ankaufen" in Betracht. Es erhebt sich also die Frage, mit welcher Tätigkeit der Käufer das Tatbestandsmerkmal des „Ankaufens" verwirklicht, ob dies bereits mit dem Abschluß des Kaufvertrags oder gar schon mit Beginn der Verkaufsverhandlungen gegeben ist, oder ob dazu mehr erforderlich

ist. Zur Lösung dieser Frage ist es nötig, die Beziehungen der Gesetzesworte: Verheimlichen, Ankaufen, Zumpfandnehmen und Ansichbringen zueinander einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Es gibt uns darüber die Entstehungsgeschichte Aufschluß, aus der hervorgeht, daß das Ankaufen und Zumpfandnehmen in § 259 als Beispiele des Ansichbringens aufgeführt sind (Näheres bei Olshausen 8 zu § 259). Dies ergibt sich aber auch schon aus dem Wortlaut der Setzung von „oder sonst" vor „ansichbringt", das Ansichbringen ist also als allgemeiner Fall dem Ankaufen und dem Zumpfandnehmen übergeordnet, es ist eben durch diese Beispiele verdeutlicht. Ob auch das Verheimlichen als Fall des Ansichbringens sich darstellt, ist bestritten (dagegen die g. M., s. Olshausen 8 zu § 259), muß aber logischerweise verneint werden, denn dies entspricht nicht dem gewöhnlichen Wortsinne des Wortes „Verheimlichen", da eine Verheimlichung auch ohne Ansichbringen möglich ist. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich auch wieder aus der Entstehungsgeschichte des § 259 (vgl. Olshausen a. a. O.), der auf dem § 237 preuß. StGB. in der Fassung der Novelle v. 14. 4. 1856 beruht, nach der das „Verheimlichen" dem „Ansichbringen" gegenübergestellt werden sollte. Die Handlungen des Täters in § 259 lassen sich also (vgl. Olshausen a. a. O.) in drei Gruppen einteilen, in das Verheimlichen, das Ansichbringen unter Anführung der Beispiele des Ankaufens und Zumpfandnehmens und das Mitwirken zum Absatze bei anderen. Das Ankaufen der Sache stellt sich also als eine Art des „Ansichbringens" der Sache dar. Zum „Ansichbringen" gehört aber die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt, es vollzieht sich durch die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die Sache auf derivativem Weg, so daß der Erwerber über die Sache als eigene, zu eigenen Zwecken, im eigenen Interesse soll verfügen können. Unter „Ansichbringen" ist, wie die h. M. (vgl. Gudewill 46 ff.), Olshausen 10 zu § 259), besonders das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen (vgl. Olshausen a. a. O.), z. B. E. 17, 60; 38, 281, vor allem in E. 39, 308 ausführt, „ein auf gegenseitiger Willensübereinstimmung beruhender, freilich keinerlei bürgerlichrechtliche Vertragsbeziehungen erzeugender Erwerb der tatsächlichen Verfügungsgewalt zum Zweck ihrer willkürlichen Ausübung, mit anderen Worten, die durch Übergabe und Empfang bewirkte Schaffung eines äußeren Verhältnisses zur Sache, das den Eigentümer ermöglicht, über sie wie seine eigene Sache, d. h. für sich, zu eigenen Zwecken zu verfügen", zu verstehen. Für die vorliegende Frage macht es keinen Unterschied, ob man mit Beling, vgl. Darst., bes. Tl. 7, 72 f., statt

dessen von „Erlangen der Sache selbst", „Herstellung eines Zustandes, in dem der Täter die Sache tatsächlich hat", reden will. Da also das Ankaufen nur als ein Beispiel des Ansichbringens in § 259 aufgeführt ist, so muß nach dieser Definition des „Ansichbringens" auch für das Ankaufen die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die Sache zu eigenen Zwecken als maßgebendes Moment gefordert werden. So Olshausen 12 zu § 259, Gudewill 52, Oppenhoff 16 zu § 259; preuß. OTr. 6, 849; RGE. 4, 187; 7, 85; 17, 60 f.; 23, 28, RG. 16. April 16 im Recht 1916 Nr. 1657. Daß hier das „Ankaufen" in einem vom bürgerlichrechtlichen Begriff „Kauf" verschiedenem Sinne aufgefaßt wird, erhellt schon aus der Verschiedenheit der Worte: der § 259 spricht nicht vom „Kaufen", sondern vom „Ankaufen", vgl. RGE. 17, 60; preuß. OTr. in GoltdArch. 6, 849. Es erhellt das eben Gesagte weiter aus der Entstehungsgeschichte (Verhältnis zum früheren Recht), vgl. darüber preuß. OTr. in GoltdArch. 6, 848 f. Die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt zu eigenen Zwecken erfolgt aber natürlich nicht durch den Abschluß des Kaufvertrages als solchen, den bloßen Abschluß desselben, vollens nicht durch den Beginn der Verkaufsverhandlungen, diese können also als Erfüllung der Hehlereihandlung regelmäßig nicht genügen. So auch preuß. OTr. in GoltdArch. 6, 848 f. (betr. preuß. Recht: „der nackte Abschluß eines Kaufvertrages ohne ... Erlangung der Verfügungsgewalt über die Sache reicht ... zur Erfüllung ... nicht aus"), RGE. 4, 187; 7, 85; 17, 60 f.; 18, 306; 23, 28; RG. im Recht 1916 a. a. O., RMG. 17, 202 (s. auch analog 266), Gudewill 52 (dort A. 2 Lit.), Olshausen 12 zu § 259; Oppenhoff 16 zu 259; Beling, Vergl. Darst. 7, 72 A. 7, Frank IV, 2 zu 259. And. M. Billnow, Raub S. 100 f., der auch Kaufabschluß ohne Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt genügen läßt. Nicht ganz sicher im Sinne der Verneinung Merkel, H. H. 3, 746 („der von einer Übergabe nicht begleitete Kaufvertrag enthält daher das Erfordernis nicht. Ob nicht ein „Ankaufen" [III]? Der Zusammenhang dürfte sich für die Verneinung geltend machen"). Auch Eckstein in GoltdArch. 59, 425 f. vertritt die von der herrschenden Meinung durchaus abweichende Ansicht, daß der Tatbestand der Sachhehlerei durch Ankaufen nicht erst mit der Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die Sache verwirklicht werde, sondern bereits mit dem Eingehen auf Veräußerungsverhandlungen beginnt und mit dem Abschluß des Veräußerungsvertrages vollendet werde. Er meint, es stehe nichts im Wege, die Überordnung des „Ansichbringens" überhaupt zu leugnen, da das Ver-

heimlichen doch nicht darunter falle, und den Text abweichend so zu verstehen, daß Hehlerei begangen werde: 1. durch Verheimlichen, 2. durch Ankaufen, 3. durch Ansichbringen, durch Pfandnahme oder sonstwie; oder ebenso gut: 1. durch Verheimlichen, 2. durch Ankaufen, 3. durch Zumpfandnehmen, 4. durch in irgendeiner Weise Ansichbringen. Bei der Gleichwertigkeit der drei Interpretationsweisen (der herrschenden und der zwei eben genannten) entscheide die ratio, „insbesondere wenn man dem Rechtsgefühl folgt". Der Möglichkeit seiner Interpretation widerspricht aber schon der Wortlaut des § 259, nach dem durch die Worte „oder sonst an sich bringt" ganz zweifellos auf ein Vorangehendes, das auch „Ansichbringen" ist, hingedeutet wird. Also mindestens auf das Zumpfandnehmen, aber der ganzen Sachlage nach auch auf das „Ankaufen". Daß auch das Verheimlichen unter die Beispiele des Ansichbringens zu rechnen ist, ist allerdings wohl zu verneinen (s. oben 86); aber daraus folgt nichts für das dem „Ansichbringen" und „Zumpfandnehmen" räumlich näherstehende und dem „Zumpfandnehmen" sachlich als Rechtsgeschäftsabschluß eklatant verwandte „Ankaufen", auf das sonach ebenfalls mit dem „sonst" hingedeutet wird. Eckstein gibt dies merkwürdigerweise auch, im Widerspruch mit seiner Leugnung der Überordnung des „Ansichbringens", wenigstens den Worten nach selbst zu. Seine Ausführungen sind höchst unklar, S. 425 unten bemerkt er aber, das „sonst" sei auch bei seiner Interpretation durchaus nicht überflüssig, „da damit zum Ausdruck gebracht werden soll, daß das Ansichbringen auf Grund irgendeines Rechtsgeschäfts geschehen müsse" (diesen Sinn — gemeinsam das Moment des Rechtsgeschäfts — kann das „sonst" nicht haben, es müßte dann heißen: oder diese oder sonstige Rechtsgeschäfte abschließt und auf Grund derselben die Sache an sich bringt). „Außerdem würde (fährt er fort) die Fortlassung des „sonst" das Ansichbringen in einen unlogischen Gegensatz zu dem Ankaufen und der Pfandnahme bringen, als ob diese Beispiele kein Ansichbringen enthielten". (Also Beispiele und ein Ansichbringen enthaltend! Oder will er damit sagen, daß sie ein „Ansichbringen" enthalten können, aber nicht müssen, genauer: ein Ansichbringen auf Grund derselben stattfinden könne, aber nicht müsse? Dann hätte er dies deutlicher sagen sollen!) Ganz abgesehen aber von der Wortauslegung des § 259 zeigt doch auch die Entstehungsgeschichte (s. oben S. 86 f.) klar die Unterordnung des „Ankaufens" unter das „Ansichbringen" als leitenden Gedanken. Wenn Eckstein als entscheidend für die Richtigkeit seiner Ansicht sich auf die ratio legis beruft, nach der nicht erst mit körperlicher Übertragung, sondern schon mit dem

Abschluß des Veräußerungsvertrages die Sachhehlerei gegeben sei, so kann dem nicht beigetreten werden. Das Wesen der Sachhehlerei besteht darin, daß durch die Tätigkeit des Hehlers die Beziehungen zwischen Sache und legitimen Berechtigten, besonders (und hier in Frage kommend) Eigentümer, irgendwie verschlechtert werden, die Wiedererlangung der Sache dem legitimen Berechtigten, besonders dem Eigentümer, irgendwie erschwert oder unmöglich gemacht wird (vgl. Frank I zu § 259, v. Liszt 499, 501; s. auch Hegler im Arch. f. Rechtsphil. IX, 389: Perpetuierung, verlängernde und befestigende Aufrechterhaltung rechtswidriger Vermögensverschiebungslage in bezug auf Sachen), sei es, daß die Sache durch Weitergeben an den Hehler oder unter Vermittlung an Dritte (das „Mitwirken zum Absatz" setzt wohl herbeigeführten Absatz voraus, so Frank IV, 3 zu 259, and. M. Olshausen 15 zu 259, s. das. Lit.), in eine weitere Hand kommt, sei es, daß sie seitens des Hehlers dem Zugriff des legitimen Berechtigten, besonders des Eigentümers, durch Verbergen entzogen wird. Stets muß der Hehler ein Verhalten einschlagen, das die Wiedererlangung der Sache dem legitimen Berechtigten, besonders Eigentümer, unmöglich macht oder wenigstens erheblich erschwert. Durch den Abschluß des Kaufvertrages oder durch das Eingehen auf Veräußerungsverhandlungen wird aber Derartiges noch nicht herbeigeführt. Auch nach dem „Rechtsgefühl", auf dessen doch sehr undeutliche Stimme sich Eckstein beruft, wird der Verletzte der Vortat durch die eben genannten Handlungen noch nicht wirklich als weiter geschädigt erscheinen, sondern nur eine weitere Schädigung desselben als vorbereitet erachtet werden. Der Kaufabschluß oder die Kaufverhandlungen erscheinen also, wie gesagt, zur Erfüllung der Hehlereihandlung nicht genügend. Positiv wird hierzu regelmäßig vielmehr Besitzerlangung an der Sache erforderlich sein, die sich derivativ, durch Übergeben und Annehmen der gekauften Sache vollzieht, so auch RGE. 7, 85; 17, 60f..; 18, 306; Olshausen 10b, 12 zu § 259. Regelmäßig — es kann in Betracht kommen, daß er in sonstiger Weise in die Lage versetzt wird, tatsächlich die Disposition über die Sache auszuüben, vgl. RGE. 7, 85; 23, 28, Olshausen 10b a. E., 12 zu 259 (in schiefer Fassung: Erwerb durch Kaufabschluß statt: anders als durch Besitzerlangung), Oppenhoff 16 zu 259, s. auch preußisches Obertribunal, Oppenhoff 8, 150f. (mit schiefer, zu weitgehender Begründung) und (einschränkend gegenüber der g. M.), Beling a. a. O. (Auffassung sei nicht genügend). Kaufabschluß einerseits, Übergabe und Annahme andrerseits sind jedenfalls begrifflich zu trennen, sie werden beim wissentlichen Verkauf einer fremden Sache auch

zeitlich regelmäßig nicht zusammenfallen, jedenfalls fallen nicht zeitlich mit Übergabe und Annahme zusammen die Kaufverhandlungen. Sind sie zeitlich getrennt, so wird das Moment des „Ankaufens" im Tatbestand der Hehlerei erst durch den späteren Akt der Übergabe und Annahme auf Grund des Kaufvertrages erfüllt, vgl. RGE. 17, 61.

2. Das Objekt, auf welches sich die Tatbestandshandlung beziehen muß, ist eine „mittels einer strafbaren Handlung (Vortat) erlangte" Sache. In verschiedener Richtung können hier für unseren speziellen Fall Fragen aufgeworfen werden.

a) Betreffend „Erlangt" —: kann man, falls der Verkäufer die verkaufte Sache in Gewahrsam hat, also als Vortat besonders Unterschlagung in Betracht kommt, überhaupt sagen, die Sache sei mittels Unterschlagung als strafbarer Handlung „erlangt"? Die herrschende Meinung bejaht, s. RGE. 17,60 oben (auch Schütze 461, Gudewill 35, trotzdem sie, ersterer a. a. O., letzterer 29 „erlangt" = „in seinen Gewahrsam erhalten" erklären), auch Höpfner a. a. O. 126 f. bejaht, will aber eher „unpräzise Fassung des Gesetzes" annehmen). Frank VII zu 246 dagegen verneint[96]) dies generell: selbst wenn der Veräußerer die Sache sich schon vor der Veräußerung zugeeignet habe — s. darüber u. b —, habe er sie nicht durch eine strafbare Handlung „erlangt". Er nimmt folgeweise bei Unterschlagung seitens des Verkäufers nie Hehlerei seitens des Erwerbers, Käufers an, auch nicht im letzteren Fall. Wie es scheint, denkt er dabei nur an Gewahrsamserlangung, die im Fall der Unterschlagung nicht durch eine strafbare Handlung erfolgt sei, insbesondere nicht, wenn der Verkäufer Besitz, Gewahrsam vom Eigentümer oder dessen Vertreter erlangt hat, aber auch nicht bei gefundenen usw. Sachen, sofern das Ansichnehmen derselben nach herrschender Meinung noch keine strafbare Handlung, Unterschlagung darstellt, anders wenn die Gegenmeinung[97]) angenommen wird (vgl. Höpfner a. a. O. 126 (Hehlerei an unterschlagener Sache sei möglich), denn wenn die Unterschlagung durch Ansichnehmen einer gefundenen Sache begangen wird, sei die Sache sicherlich durch eine strafbare Handlung erlangt). Dagegen ist einzuwenden: es kommt bei dem „Erlangen" — wenigstens meist — auf die Sacherlangung (Sachverschiebung) an,[98]) nicht — wenigstens

[96]) s. auch Rönnberg im Recht 10, 1417 A. 9 („erlangt" sei die Sache nicht durch die Zueignung, sondern durch die Übergabe seitens des Eigentümers).

[97]) s. oben S. 77 f.

[98]) Hehlerei ist — wenigstens meist und gerade in den hier in Frage stehenden Fällen — Perpetuierung rechtswidriger Sachverschiebungslage, s. Hegler in Arch. f. Rechtsphil. IX, 389 f. (s. daselbst die Ausnahmen).

meist (und hier) nicht bezw. nicht nur — auf Gewahrsams-erlangung, -Verschiebung, und erstere findet auch bei Unterschlagung „durch eine strafbare Handlung", nämlich eben durch die Unterschlagung als Sachverschiebung (ohne Gewahrsamsverschiebung) statt, vgl. Hegler im Arch. f. Rechtsphil. a. a. O. 279, 390. Übrigens: selbst wenn man bei „Erlangen" nur an Erlangung von Gewahrsam denken wollte, wäre es nicht absolut richtig, daß diese im Fall der Unterschlagung nie durch strafbare Handlungen erfolgt sei, denn — s. Frank selbst a. a. O. S. 437 sub 3 a — die Erlangung des Gewahrsams kann selbst schon eine strafbare Handlung dargestellt haben. Es ist sonach die prinzipielle Möglichkeit der Hehlerei auch bei Unterschlagung seitens des Verkäufers als Vortat zu bejahen, so auch die g. M., s. oben.

b) Die zweite Frage betrifft das Erlangtsein. Es muß die Sache, um den Erfordernissen der Hehlerei zu genügen, bereits durch die strafbare Handlung erlangt sein (wie das Gesetz deutlich sagt), d. h. das deliktische Erlangen muß dem Ansichbringen, hier dem Ankaufen, zeitlich vorangegangen sein, die Sache muß schon erlangt sein, ehe der andere sie an sich brachte. Vgl. RGE. 2, 69 (= Rspr. I, 831 f.); 12, 315; 38, 281; Rechtspr. 3, 497 (betr. 266), RGE. 21, 18 (betr. 242), Meyer-Allfeld 565, Oppenhoff 7 zu 259, Hälschner II, 890. Die herrschende Meinung verlangt dabei zu „Erlangtsein" Vollendung der Vortat, so RGE. 17, 60; 12, 315,[99]) Olshausen 6 zu 259, Binding a. a. O. 388 Ziff. 4, v. Liszt 500, August Frank, der subjektive Tatbestand des Delikts der Sachhehlerei (1899) S. 11 f., auch v. Schwarze im GerS. 24, 374 („wohl stets") und Gudewill 34 ff. (wenigstens prinzipiell), abweichend in dieser Beziehung Beling in Vergl. Darst. 7, 69 o., 71 (auch strafbarer Versuch der Vortat könne unter Umständen genügen, wenn nämlich er dem Vortäter die Sache schon zugebracht, verschafft habe). Prinzipiell anders Schütze 462 u. A. 5 daselbst, der die Sache auch dann als „erlangt" bezeichnet, wenn die Vortat nicht vollendet war, sondern ihre Vollendung durch die Hehlereihandlung selbst erfolgt bezw. miterfolgt und Höpfner a. a. O. 127 (es sei nicht zu verlangen, daß die strafbare Handlung in toto der Partiererei zeitlich vorangehen müsse). Entscheidend ist also im Fall der Unterschlagung als in Betracht kommenden Delikts

[99]) s. auch preuß. OTr. Opph. Rspr. 8, 637; 13, 35; Goltdammer, G. A. 2, 558; Apell.-Ger. Frankfurt a. O. in GoltdArch. 1, 408 Ziff. 6, sämtliche betr. preuß. Recht; so weiter Merkel in H. H. 3, 745, Oppenhoff 7 zu 259, Schwartz 3 d zu 259.

die oben S. 13 ff. erörterte Frage, *wann* das Aneignungsdelikt (bezw. die Sacherlangung) seitens des Verkäufers als perfekt zu betrachten ist, ob der Aneignungsakt bereits zur Ankaufszeit als erfolgt anzusehen ist. Nur insoweit dies in dem Zeitpunkt, in dem die betreffende Handlung des Käufers — „Ankaufs“handlung — erfolgt, schon der Fall ist, kommt § 259 in Betracht. Andernfalls kommt die Käuferhandlung als Teilnahmehandlung an der Unterschlagung in Betracht.

aa) Wird also die Unterschlagungs-Zueignungshandlung seitens des Verkäufers nicht schon im Kaufangebot, Kaufabschluß, sondern erst in der — zeitlich erst nachfolgenden — käuflichen *Übergabe* der Sache gefunden, so ist, da es sich bei Übergabe und Annahme um *einen einheitlichen* Akt handelt, durch den die Sache erst erlangt wird (vgl. RGE. 1, 110; 2, 70; 12, 315; 17, 60, s. auch 38, 280, vgl. noch Rspr. 3, 497 [betr. 266], and. M. *Eckstein* a. a. O. 427, s. darüber u. S. 93 ff.), trotzdem in deren Annahme eine „Ankaufs“handlung seitens des Käufers liegt, nicht Hehlerei,[100] sondern nur eventuell[101] *Teilnahme, Beihilfe betreffend Unterschlagung* gegeben. So RGE. 5, 220; RG. in GoltdArch. 59, 328; preußisches Obertribunal in GoltdArch. 20, 554 f., OLG. München a. a. O., *Olshausen* 25 b zu 246, s. auch 6 zu 259, *Meyer-Allfeld* 565 A. 14, 504 A. 55, *Wachenfeld* 386, *Schwartz* 9 zu 246, A. *Frank* a. a. O. S. 12, v. *Liszt* 560, *Frank* VII zu 246, *Binding* a. a. O. 389 (hypothetisch, an sich verneint er die Möglichkeit, von der hier ausgegangen wird, s. dens. a. a. O. 270, 389 u. A. 3 das.), *Hälschner* 2, 362 nimmt *Mittäterschaft* an, RGRspr. 8, 508 in einem analogen Fall betreffend § 266 hält sie „nach Maßgabe ihres Vorsatzes“ wenigstens für möglich. Viele, so *Merkel* in H. H. III, 708 (§ 41 Ziff. 3), 745 c, RGE. 2, 70 (s. auch E. 12, 315), RMG. 5. 264 (analoger Fall), RMG.)17, 201, *Oppenhoff* 61 zu 246, 7 zu 259, v. *Schwarze* 12 a zu 246, ders. im GerS. 24, 374, *Köhler* im GerS. 61, 114 f., s. auch betr. preuß. Recht preuß. Obertribunal in Opph. Rspr. 8, 637, *Goltdammer* in GoltdArch. 2, 558, Apell.-Ger. Frankfurt a. O. in GoltdArch. 1, 408 Ziff. 6, reden von „*Teilnahme*“, ohne zu sagen, ob Mittäterschaft oder Beihilfe. *Gegen Mittäterschaft* ist einzuwenden, daß Mittäter bei Unterschlagung wohl[102] nur sein kann,

[100]) s. gegen Hehlerei die sofort im Text zu zit., weiter *Hälschner* 2, 890, RGRspr. 3, 497 (betr. 266).

[101]) Eventuell, d. h. (§ 49 StGB.) bei Wissentlichkeit betr. die Unterschlagung, s. *Merkel* in H. H. III, 708 (§ 41 Ziff. 3), RGE. 5. 220, vgl. auch OLG. München in Samml. v. Entsch. d. OLG. München Bd. 2 (1884) S. 181 f.

[102]) Anders von der oben S. 78 ewähnten Ansicht aus, vgl. auch A. 85, A. 76.

wer die fremde Sache in Gewahrsam hat, also Mittäterschaft ist nur möglich, wo die Sache sich in gemeinsamem Gewahrsam der mehreren befindet, so Olshausen 25a zu 246, Schwartz 9 zu 246, RG. in GoltdArch. 37, 49; 45, 431; 59, 327, RMG. 5, 261; Frank S. 437 sub 3, Oppenhoff 17 zu 47, de lege lata auch Höpfner 141, anders v. Schwarze 121 u. A. 1 das., und daß dies hier regelmäßig[103]) nicht der Fall ist. Prinzipiell anderer Meinung ist hier betreffend Hehlerei Schütze a. a. O. 462 A. 15, der von seiner oben (S. 91) erwähnten Auffassung aus durch den Verkauf an den wissenden B uno actu Unterschlagung des A und Hehlerei des B verübt, vollendet sein läßt, also auch hier stets Hehlerei annimmt, anders auch Gudewill 35 f. (der die Frage des Irrtums [s. u. S. 98 f.] hereinmengt und die Unterschlagung hier [meist] als perfekt ansehen will [ähnlich wie Binding]). Anderer Ansicht ist auch die unklare Bemerkung (betr. preuß. Recht) in GoltdArch. 1, 54 (Hehlerei, wenn jemand eine Sache vom Besitzer so kauft, daß der Besitzer durch diese Veräußerung eine Unterschlagung begeht, die sonst noch nicht vorhanden oder doch noch nicht zu erkennen gewesen sei). Anders weiter Höpfner 142 (vgl. 127): Beihilfe sei bei richtiger Auffassung der Zueignung nicht möglich durch Mitwirkung beim Kaufabschluß, vielmehr liege solchenfalls Hehlerei vor; er weicht an dieser Stelle nicht in der Auffassung der Hehlerei ab, sondern nur in der Frage der Möglichkeit der hier zu aa vorausgesetzten Situation betreffend Unterschlagung; an einer anderen Stelle — S. 127 — aber weist er (wie oben S. 91 erwähnt) auch in der Auffassung der Hehlerei von der herrschenden Meinung ab und verficht die Ansicht, daß Hehlerei vorliege, auch wenn Unterschlagung noch nicht vollendet war, „ganz ohne Rücksicht darauf, in welchem Augenblick die Unterschlagung perfekt wird". Anders endlich Eckstein G. A. 59, 427 f. Er hält, auch falls die Unterschlagung sich durch den Vertragsschluß selbst vollziehen sollte, unter der Voraussetzung, daß durch diesen schon Hehlerei begangen werden kann (s. oben S. 87 ff.), Hehlerei für gegeben. Er führt dafür an, daß die Veräußerung in zwei logisch, wenn auch nicht zeitlich, getrennte Momente zerfalle, in die Entäußerung seitens des Verkäufers und in die Erwerbung durch den Käufer. Die Unterschlagung erfolge durch die Entäußerung, nicht durch die Erwerbung seitens des Dritten. Der

---

[103]) Hat der Käufer aber Mitgewahrsam, was immerhin denkbar ist (Sachen unter gemeinsamen Verschluß), so kommt Mittäterschaft an Unterschlagung in Betracht. Ob sie vorliegt, entscheidet sich nach den allgemeinen Grundsätzen und ist nach diesen hin zu bejahen.

Käufer erwerbe daher die Sache als eine nicht durch seinen Erwerb, sondern durch die Entäußerung bereits (das ist doch zeitlich!) vom Veräußerer unterschlagene Sache, als bereits unterschlagen, „unterschlagen freilich zeitlich erst in demselben Moment, in dem er sie erwirbt", Hehlerei wäre erst ausgeschlossen, wenn die Unterschlagung zeitlich der Hehlerei nachfolgte. Dagegen ist zu bemerken vor allem, daß die Voraussetzung, Hehlerei könne durch den Vertragsabschluß begangen werden, nicht zutrifft (s. oben S. 87 ff.). Wenn aber je, so ist zu sagen, daß Entäußerung und Erwerbung logisch nur zwei Seiten des einen einheitlichen Gesamtvorganges, des einen Rechtsgeschäfts des Kaufabschlusses darstellen, man redet von der einen oder anderen, je nachdem die Rolle der einen oder der anderen Vertragspartie dabei ins Auge gefaßt wird. Übrigens handelt es sich hier nicht um logische Trennbarkeit, sondern um zeitliches Prius und von einem solchen kann bezüglich der Veräußerung — wie ja Eckstein selbst zugibt, was er aber durch Ausdrücke wie „bereits" wieder verschleiert — nicht die Rede sein: die Erklärung des Erwerbenwollens kann der des Veräußernwollens zeitlich so gut vorangehen, wie umgekehrt, es hängt dies vom Zufall ab. Es soll ja auch nach Eckstein a. a. O. 426 die Hehlerei bereits mit dem Eingehen auf Veräußerungsverhandlungen beginnen, also jedenfalls vor der definitiven Erklärung der Entäußerung, selbst wenn diese der definitiven Erwerbserklärung voranging. Nach Sinn und Wortlaut des § 259 kommt aber Hehlerei nur in Betracht, wenn die Sache bereits durch Unterschlagung erworben ist, was sonach hier nicht der Fall ist. Eckstein verschiebt dies völlig, wenn er sagt, Hehlerei sei nur ausgeschlossen, wenn der Erwerb durch Unterschlagung zeitlich dem „Ankaufen" nachfolge. Der deus ex machina des Rechtsgefühls, den er auch hier wieder anruft, würde hieran nichts ändern, dürfte übrigens seiner Ansicht durchaus nicht hold sein, ein zeitliches „Nach" liegt schon in der populären Auffassung des Hehlerakts. Eckstein betont a. a. O S. 427 noch besonders, daß nicht etwa Idealkonkurrenz mit Beihilfe zu Unterschlagung hier vorliege, sondern ausschließlich Hehlerei. Denn der Erwerber sei an der Entäußerung als solcher nicht tätig beteiligt, er erwerbe nur, helfe nicht zu entäußern. Auch hier ist diese Spaltung des einheitlichen Gesamtvorgangs zurückzuweisen: er hilft zur Unterschlagung durch Veräußerung mittels Übernahme der Erwerberrolle. Eckstein vertritt diese seine Ansicht — und deshalb ist sie hier zu behandeln — aus denselben Gründen aber auch für die Annahme, daß die Unterschlagung in der körperlichen Fortgabe der Sache liege. Beihilfe zu Unterschla-

gung könne auch hier nach diesen Erwägungen nicht eintreten, in der körperlichen Annahme der Sache liege Hehlerei. Bezüglich der logischen Trennbarkeit von Fortgabe und Annahme gilt entsprechend hier das oben Gesagte, es handelt sich auch hier um einen einheitlichen Gesamtvorgang. Geht man auf das Zeitliche der beiden Seiten ein, so besteht für Geben und Nehmen der Sache teilweise Gleichzeitigkeit, ein Stadium, wo der eine die Sache noch gibt und der andere sie schon nimmt, wenn auch die Übergabe früher beginnt und die Annahme später endet, es liegt also nicht zeitliches Prius der ersteren vor, das „Ankaufen" in diesem Sinne genommen setzt vielmehr schon ein, wenn die Sache noch nicht durch Unterschlagung erworben ist. Da, wie gesagt, Hehlerei nur in Frage kommt — was Eckstein in der angeführten Weise verschiebt —, wenn die Sache bereits durch Unterschlagung als strafbare Handlung erworben ist, so kann hiernach Hehlerei nicht vorliegen.

Die hier vertretene Ansicht gilt ebenso, wenn Kaufverhandlungen, Kaufangebot, Kaufabschluß mit der Sachübergabe zeitlich in einem Moment sich zusammendrängen, auch bei der Annahme, daß an sich in den erstgenannten Akten Zueignung liege. So würde etwa der Fall liegen, wenn jemand ein ihm geliehenes Buch einem anderen mit der Frage übergibt: „Bezahlst du mir dafür 3 Mk."? und dieser, der Kenntnis von der Sachlage hat, es bejahend nimmt.

bb) Anders liegt der Fall, wenn (s. darüber oben S. 13 ff.) die Unterschlagung als schon durch Handlungen begangen betrachtet wird, die zeitlich vor der käuflichen Sachübergabe liegen (vorhergegangenem Kaufabschluß, Angebot zum Kauf (vgl. preuß. Obertribunal in Opphs. Rspr. 19, 194 = GoltdArch. 26, 214) usw.[104]) Hier liegt eine bereits deliktisch „erlangte" Sache vor, kann also durch deren Annahme („Ankauf") Hehlerei begangen werden. So RGE. 17, 59 ff.; RMG. 17, 202; s. auch preuß. Obertribunal Opph. Rspr. 13, 35 f., 19, 194 = GoltdArch. 26, 214 f. (diese betreffend preuß. Recht) und für einen entsprechenden Fall RGE. 35, 278 ff.; so Samml. von Entsch. des obersten Gerichtsh. für Bayern 3 (1874) 317; weiter Olshausen 25 b zu 246; Oppenhoff 61 zu 246; Wachenfeld 386; A. Frank 12; Meyer-Allfeld 504 A. 55; Binding, Lehrb. 1, 270 A. 1, 389; Schwarze 12 a zu 246, 10 zu 259; Schwartz N. 9 zu 246; Eckstein a. a. O. 426, 427

---

[104]) Entsprechendes gilt natürlich, wenn die Sache schon vor der käuflichen Sachübergabe durch ein anderes Delikt, z. B. Diebstahl, „erlangt" worden ist, wie hier nicht näher verfolgt werden soll.

unten; s. auch Hälschner 2, 362 (vgl. dazu 315 f.); Merkel in H. H. 3, 745 e, den Binding und Meyer-Allfeld a. a. O. als anderer Meinung bezeichnen, weicht wohl im Prinzip betreffend Hehlerei nicht ab, sondern nur in der Verneinung der Möglichkeit, Unterschlagung in Handlungen vor Kaufabschluß zu finden (s. oben S. 18) und in dem Zugrundelegen eines von gleichzeitiger Übergabe der Kaufsache begleiteten Kaufabschlusses, er meint, wenn die Zueignung im Verkauf der Sache liege, könne im Ankauf nur Teilnahme an Unterschlagung, nicht Hehlerei gefunden werden, denn die angekaufte Sache sei nicht eine bereits durch eine strafbare Handlung erlangte gewesen, dabei versteht er unter „Verkauf" und „Ankauf" wohl gleicherweise den von Übergabe begleiteten Kaufvertrag (s. auch a. a. O. 746), aus ähnlichen Gründen nimmt Goltdammer in GoltdArch. 2, 558 (betreffend preuß. Recht) an, daß bei Ankaufen nur Teilnahme an Unterschlagung, nicht Hehlerei in Betracht komme. Vgl. Frank a. a. O. VII zu 246, er nimmt in unserem Fall „höchstens" Begünstigung an, s. gegen seine Ansicht (Ablehnung von Hehlerei bei Unterschlagung als Vortat) bereits oben S. 90 f., Hehlerei kann dabei event. an sich zusammentreffen mit Teilnahme an Unterschlagung,[105]) nämlich sofern der Käufer an dem früheren Akt, in dem die rechtswidrige Zueignung seitens des Verkäufers gefunden wird, z. B. den Kaufverhandlungen, dem Kaufabschluß, wissentlich (betreffend die Unterschlagung) beteiligt gewesen ist; als Teilnahmeform kommt auch hier nur Beihilfe[106]) in Betracht, s. dazu das oben S. 92 Bemerkte. Gegen Mittäterschaft kann hier, im Fall bb, noch weiter angeführt werden,[107]) daß im betreffenden Moment, d. h. dem des früheren Aktes, in dem der Verkäufer sich die Sache zueignete, der Käufer seinerseits noch nicht die Zueignungsabsicht als präsente gehabt hat und (vgl. Höpfner 141) Mittäter nur sein kann, wer sich selbst zueignen will, er will sich zueignen aber erst mit dem und durch den Übergabeakt. Der Käufer begeht also durch seine vorherige Beteiligung am Kaufabschluß bezw. den Kaufverhandlungen, die der Übergabe der Sache zeitlich vorangehen, sofern er die mangelnde Berechtigung des Verkäufers betreffend die Sache kennt (wie hier vorausgesetzt), Beihilfe zur Unterschlagung des Verkäufers, und zwar erscheint in diesem Falle, da die Teilnahme am Kaufabschluß bezw. den Kaufverhandlungen und der Erwerb der Sache sich durch

[105]) Im Fall S. 95 A. 104 mit Teilnahme an dem anderen Delikt, z. B. dem Diebstahl.

[106]) Außerdem daneben event. Anstiftung.

[107]) Selbst in dem Fall S. 93 A. 103.

mehrere äußere Handlungen vollziehen, auf seiten des Käufers prima facie Sachhehlerei in Realkonkurrenz mit Beihilfe zur Unterschlagung indiziert. Betreffend diese Konkurrenzfrage s. noch Näheres unten S. 102 f. Hier ist zunächst nur festzustellen, daß neben Hehlerei an sich auch die Voraussetzungen der Beihilfe zu Unterschlagung erfüllt sein können, so Olshausen a. a. O.; A. Frank a. a. O. 12; RGE. 44, 250 f. nimmt dagegen in einem etwas anders gelagerten Fall (Mitwirken zum Absatz), wie es scheint, nur Hehlerei an, doch ist diese Entscheidung unklar und, wie gesagt, der Fall anders gelagert. Ausdrücklich redet Eckstein a. a. O. 426 davon, daß hier „nur Hehlerei“ vorliege (s. auch S. 427 unten: ausschließlich Hehlerei).

3. Subjektiv ist erforderlich

a) Vorsatz betreffend 1. u. 2.

aa) Betreffend 1. ist die vorsätzliche Vornahme des „Ankaufens“ wohl ohne weiteres zu bejahen.

bb) Betreffend 2. ist in § 259 die Rede von „Sachen, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind“.

α) Die Bedeutung dieser Worte im Punkte der Kenntnis des deliktischen Erwerbs ist bekanntlich bestritten. Zum Teil wird auch die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis über den deliktischen Erwerb der gekauften Sache als genügend erachtet, so Meyer-Allfeld 566; Frank V, 1 zu 259; v. Liszt 501 f. Dann würde also (in Erweiterung des zu Anfang des Kapitels S. 85 Bewerteten) eine strafbare Handlung des Käufers in unserem Fall auch dann in Betracht kommen, wenn er gutgläubig i. S. des Strafrechts ist — d. h. nicht wußte, daß die Sache durch Unterschlagung erlangt ist, aber es wissen konnte. Nach der herrschenden und wohl richtigen Meinung aber begründet trotz des anscheinend entgegenstehenden Wortlauts des § 259 die fahrlässige Unkenntnis keine Strafbarkeit, denn es findet sich im Strafgesetzbuch kein Beispiel dafür, daß der Tatbestand eines Verletzungsdeliktes sowohl vorsätzliche wie fahrlässige Begehung umfaßte. Auch noch eine Reihe anderer Gründe sprechen für diese Annahme (vgl. Olshausen 21 zu 259; Beling, Vergl. Darst. 7, 82 f.). Eventualdolus genügt allerdings zur Strafbarkeit, es ist also in subjektiver Hinsicht genügend, wenn der Käufer sich der Möglichkeit, daß die verkaufte Sache durch eine strafbare Handlung erlangt sein könnte, bewußt gewesen ist und auch für diesen Fall die Sache ankaufte (vgl. RGE. 25, 221). Im übrigen handelt es sich aber bei den Worten: „den Umständen nach annehmen muß“ lediglich um eine widerlegliche Vermutung des Dolus (vgl. näher Beling a. a. O. 92 f.: „waren die Umstände,

unter denen der Täter die Sache erworben hat, objektiv derartig, daß sie auf einen vitiösen Erwerb hindeuten, so wird vermutet — bis zum Beweise des Gegenteils —, daß der Täter die Vitiosität gekannt hat"). Es ist also böser Glaube i. S. des Strafrechts, das Wissen, stets erforderlich, und der erwiesene gute Glaube (Nichtwissen) schließt immer die Strafbarkeit nach § 259 aus (vgl. Olshausen 21 zu 259; Hälschner 2, 893; Beling, Vergl. Darst. 7, 92 f.).

β) Ein weiterer Punkt ist noch die Frage, ob der Vorsatz des Täters sich auch auf das Erlangtsein, d. h. darauf, daß die Sache schon erlangt ist, beziehen muß. Naturgemäß ist dies der Fall, denn das objektiv Verlangte muß sich subjektiv im Vorsatz spiegeln. RGE. 2, 69 bejaht dies ausdrücklich: „Die Sache muß den Charakter ihres strafbaren Erwerbes bereits an sich tragen ... der Dolus des Ansichbringenden diese Eigenschaft der Sache bei seinem auf Erwerb gerichteten Entschlusse bereits mitumfassen", so auch Olshausen 23 Abs. 3 zu § 259; Oppenhoff 11 zu 259; Beling a. a. O. 81 bei und in A. 1; August Frank 46 f.; s. aber andererseits Schaper in H. H. 2, 204 N. 8 (s. unten S. 100). Schwierigkeiten kann es nun aber im Falle des „Ankaufens" machen,[108]) wenn objektive Sachlage und subjektives Bild betreffend diesen Punkt auseinandergehen; s. Olshausen 25c zu § 246. Verschiedene Möglichkeiten sind hier zu trennen.

αα) Die Unterschlagung wird objektiv erst durch Übergabe vollzogen, der Annehmende hält sie aber als schon früher bewirkt (was auf Tatirrtum oder Rechtsirrtum — betreffend den Begriff der Zueignung — beruhen kann). Dann keine Teilnahme an Unterschlagung mangels subjektiven Tatbestandes (jedenfalls bei Tatirrtum). Es fehlt dem Annehmenden der zur Beihilfe erforderliche Förderungsvorsatz betreffend Unterschlagung, rechtswidrige Zueignung (bezw., falls Mittäterschaft in Frage kommen sollte, der Wille des Zusammenwirkens zu Unterschlagung, rechtswidriger Zueignung), da er ja Zueignung schon für perfekt hält. So auch Olshausen a. a. O. (er beabsichtige nicht, durch Annahme der Sache die Zueignung seitens des Hingebenden mit zu bewirken, Teilnahme an einer Unterschlagung liege daher wegen mangelndem Dolus nicht vor. Olshausen (6 Abs. 2 zu 259) redet seltsamerweise davon, es liege mangels subjektiven Tatbestandes keine — wenigstens keine vollendete —

[108]) Höpfner (a. a. O. 142 u. 163) erklärt, daß sie bei richtiger (seiner) Auffassung des Zueignungsbegriffes nicht vorhanden seien (offenbar, weil nach ihm Unterschlagung hier bei jeder Sachlage schon perfekt ist).

Unterschlagung vor, während es sich um Teilnahme an Unterschlagung handelt; RGE. 1, 110 (keine Teilnahme an der Unterschlagung sei gegeben, da die Angeklagte weder wußte, daß der andere sich die Sache erst jetzt aneigne, noch dieselbe hinnahm, um die Aneignung mitzubewirken); hypothetisch zustimmend (falls man den Standpunkt der herrschenden Meinung teile)[109]) Höpfner 142 A. 163. Vollendete Hehlerei liegt hier andererseits mangels Erfüllung des objektiven Tatbestandes nicht vor, so Gudewill 96, 35; Olshausen 6 Abs. 2 zu 259; — RG. (a. a. O.) verneint hier Hehlerei wegen mangelnder Vorteilsabsicht. Es könnte dann nur Versuch der Hehlerei in Betracht kommen — so auch Gudewill 35 —, was allerdings von der (hier nicht zu erörternden) Stellungnahme zu Versuchsfragen abhängt (Problem des Mangels am Tatbestand, hier des Mangels tatbestandsmäßigen Objektes, durch strafbare Handlung — schon — erlangter Sache), auch ist versuchte Hehlerei nach § 259 de lege lata straflos. Das RG. (a. a. O.) nimmt vollendete Begünstigung nach § 257 StGB. an, auch Olshausen (6 Abs. 2 zu § 259) meint, es werde meist sachliche Begünstigung angenommen werden können. Aber es ist doch hier objektiv nicht, wie zu Begünstigung erforderlich, Beistand nach der Tat, d. h. betreffend die Tat als abgeschlossene geleistet, sondern zur Vollendung der objektiv noch nicht vollendeten Tat, vgl. Beling a. a. O. 19 f. („es scheiden . . . alle diejenigen Handlungen aus, die . . . nur Hilfe zur Vollendung dieser anderen Tat . . . darstellen; . . . hier ist vielmehr der Gesichtspunkt der Teilnahme . . . heranzuziehen"); v. Liszt 617; Frank 461 oben. Es könnte deshalb nur strafloser Versuch der Begünstigung (ideell konkurrierend mit versuchter Hehlerei) in Betracht kommen. So auch Gudewill 35 f.

ββ) Im anderen Falle ist Unterschlagung objektiv schon vollendet, der Annehmende glaubte aber, sie vollende sich erst durch den Übergabe- (und Annahme-) Akt, also erst durch seine Mitwirkung. Olshausen 25 c zu § 246; (s. auch denselben 23 Abs. 3 zu 259) nimmt hier mit Recht wegen mangelnden objektiven Tatbestandes keine — vollendete — Teilnahme an Unterschlagung (anders Köhler im GerS. 61, 115) an; analog preuß. Obertribunal in GoltdArch. 2, 559 (betreffend § 242); s. auch Oppenhoff 11 zu 259 (er redet schief davon, es liege mangels objektiven Tatbestandes keine Unterschlagung vor, statt: keine Teilnahme an Unterschlagung). Mangels subjektiven Tatbestandes ist andererseits keine Hehlerei

---

[109]) vgl. oben S. 98 A. 108.

gegeben, so Olshausen 23 Abs. 3 zu 259; ebenso Oppenhoff 11 zu 259; Beling a. a. O. 81 A. 1; A. Frank a. a. O. 46 f.; preuß. Obertribunal in GoltdArch. 2, 559; Köhler in GerS. 61, 115; anderer Meinung: Schaper in H. H. 2, 204 N. 8 (sehr unklar, offenbar aber Irrelevanz des Irrtums annehmend, daher Hehlerei);[110] auch der schief behandelte Fall in GoltdArch. 1, 54 Z. 8 gehört hierher. Positiv könnte Versuch der Teilnahme (Beihilfe)[111] an Unterschlagung in Betracht kommen, so richtig Höpfner a. a. O. 142 A. 163 (hypothetisch — vom Standpunkt der herrschenden Meinung[112] und der reichsgerichtlichen Behandlung des Versuchs aus); s. auch Gudewill 97 oben;[113] Olshausen (25 c zu 246) meint: es wäre nach Ansicht des Reichsgerichts (er meint wohl: nach genereller Ansicht desselben betreffend die Versuchslehre) Versuch der Unterschlagung anzunehmen, es ist dies aber nicht zutreffend, vielmehr (wie gesagt) kommt versuchte Teilnahme an Unterschlagung in Betracht.[114])

b) Weiter ist subjektiv erforderlich, daß der Betreffende „seines Vorteils wegen" handelt, der Käufer muß die Sache seines Vorteils wegen ankaufen, um wegen Sachhehlerei strafbar zu sein, er muß den Ankauf in der Absicht (das bloße Bewußtsein genügt nicht) eingegangen haben, mit dem Ankauf der Sache für sich irgendeinen Vorteil zu erlangen, der nicht notwendig in einem Vermögensvorteil zu bestehen braucht, der z. B. auch dann gegeben sein wird, wenn er die durch eine strafbare Handlung des Verkäufers erlangte Sache zu dem Zwecke ankauft, um als deren Besitzer ein erhöhtes Ansehen zu genießen. Ein Handeln seines Vorteils wegen ist beim Käufer aber immer dann gegeben, wenn er durch den Ankauf der Sache einen Vermögensvorteil erzielen will, wenn er sie zu einem geringeren Preise kaufen will, als sie tatsächlich wert ist, aber auch dann, wenn er den vollen Wert der Sache bezahlen will, aber aus dem Verkauf in irgendeiner anderen Weise, z. B. durch Weiterverkauf, einen Ver-

---

110) s. gegen Schaper auch Gudewill (96), der meint, Schaper unterstelle, daß der Täter nicht irre.

111) Versuch der Beihilfe ist nach herrschender Meinung denkbar, aber straflos s. Olshausen 23 zu § 49; RGE. 11, 61 ff.; Finger, Lehrb. d. Strafrechts I, 358; Meyer-Allfeld 233. Für Strafbarkeit aber Ortmann in GoltdArch. 22, 389; Hälschner 1, 389.

112) s. oben S. 98 A. 108.

113) Der aber dann Straflosigkeit mit dem Gesichtspunkte der putativen Teilnahme an Fundunterschlagung begründen will, welch letztere straflos sei. Das erstere trifft aus tatsächlichen Gründen nicht immer, das letztere aus rechtlichen überhaupt nicht zu.

114) Preuß. Obertribunal (GoltdArch. 2, 559) spricht in einem analogen Fall (§ 242 betr.) frei.

mögensvorteil zu ziehen gedenkt. Der erstrebte Vorteil des Käufers braucht also nicht schon unmittelbar durch den Ankauf der Sache erstrebt zu sein, sondern es ist darunter jeder auch weiterhin vom Käufer erhoffte Vorteil zu verstehen. Dies wird z. B. dann der Fall sein, wenn jemand jetzt während des Krieges Lebensmittel, die der Verkäufer gestohlen oder unterschlagen hat, in Kenntnis der strafbaren Vortat zum augenblicklichen Marktpreis ankauft, in der Hoffnung, sie einige Zeit später zu erhöhten Preisen wieder absetzen zu können, hier wird sich der Käufer stets des Delikts der Sachhehlerei durch Ankaufen schuldig machen. Vgl. Olshausen 19, 20 zu 259; 38, 39 zu 257; Frank V, 3 zu 259, VII zu 257; Beling a. a. O. 7, 49. Ob Hehlerei seitens des Käufers hier vorliegt, hängt sonach in erster Linie ab von der Bejahung des zu 2 b bb (im Gegensatz zu 2 b aa) und 3 a bb α und β Bemerkten: davon, ob die Sache (schon) deliktisch erlangt ist und der Vorsatz des Täters dem entspricht.

4. Idealkonkurrenz von Hehlerei, falls solche vorliegt, mit sachlicher Begünstigung ist an sich möglich, wenn die Absicht des Täters auch auf den Vorteil des Vortäters gerichtet gewesen ist, so v. Liszt 501; Frank II, 2 zu 459 und dort zitierte Literatur.

B. Teilnahme an der vom Verkäufer gegen den Eigentümer verübten Deliktstat, an der Unterschlagung des Verkäufers.

a) Die Unterschlagung wird erst durch die Sachübergabe begangen (oben A 2 b aa). Die hier entstehenden Fragen sind größtenteils bei A 2 b aa behandelt, insbesondere auch die, ob hier Beihilfe oder Mittäterschaft in Betracht kommt, die erstere Ansicht erscheint nach dem oben S. 92 Dargelegten[115]) als richtig. Im einzelnen:

aa) Objektive Seite: Unterstützungshandlung, Unterstützung in der Begehung der Tat sind gegeben eben im Annehmen, käuflichen Erwerben der Sache.

bb) Subjektive Seite:

$\alpha\alpha$) Vorsatz betreffend Unterstützungshandlung ist gegeben.

$\beta\beta$) Unterstützungsvorsatz. Bewußte und gewollte Förderung liegt hier bei Wissen von der durch Sachübergabe zu vollziehenden Unterschlagung vor,[116]) mehr ist nicht erforderlich.

---

[115]) Wenigstens für die Regel, s. oben S. 92 A. 102.

[116]) Daß der Käufer in bösem Glauben i. S. des Strafrechts ist, wird vorausgesetzt, s. oben S. 85. Nimmt der Käufer fälschlich an, die Sache sei schon unterschlagen, gilt das oben S. 98 f. Gesagte.

γγ) Wollen, daß der Unterstützte die Tat auch wirklich ausführt (falls überhaupt gefordert, s. Frank II zu § 49), liegt vor.

b) Ist (oben A 2 b bb) Unterstützung seitens des Verkäufers schon vor Sachübergabe gegeben, so kommt nach dem oben S. 96 f. Entwickelten event. an sich Teilnahme des Käufers an dieser vorangegangenen Unterschlagung neben der Hehlerei desselben in Betracht.[117]) Das Verhältnis beider[118]) ist aber hier noch näher zu prüfen, ob wirkliche oder nur Scheinkonkurrenz, und wenn erstere, ob Ideal- oder Realkonkurrenz gegeben ist.

aa) Für ausgeschlossen wird von der gem. Meinung die Hehlerei, speziell unter dem Konsumtionsgedanken, erachtet, wenn die Teilnahme des Käufers an der vorangegangenen Unterschlagung als Mittäterschaft sich darstellt, vgl. Frank VI, 2 zu § 259; Olshausen 27 zu 259 (abgesehen von einem hier nicht interessierenden Fall); Oppenhoff 2 zu 259; Lucas, Anleitung 104; Gudewill 107 f.; RGE. 34, 304 ff. Aber Mittäterschaft ist, wie oben S. 96 gesagt, hier nicht anzunehmen.

bb) Wird Beihilfe[119]) angenommen, so entsteht — da an sich, wie oben ausgeführt, die Momente sowohl der Hehlerei als der Beihilfe erfüllt sind — die Frage, ob Konkurrenz oder Scheinkonkurrenz.

α) Nach der herrschenden Meinung besteht hier[120]) die Möglichkeit von Konkurrenz, so Merkel in H. H. 3, 745; Schütze 462 A. 15; Olshausen 27 zu 259; Lucas, Anl. 104; Oppenhoff 2 zu 259; Beling a. a. O. 85; Wachenfeld 426; Binding 391;[121]) A. Frank 53;[122]) Schwartz 7 zu 259; Kohler, Studien 1, 119; Xaver Gretener, Begünstigung und Hehlerei (1879) 187; speziell für unseren Fall betreffend Anstiftung RG. oft (so Entsch. 5, 282, 8, 371, 19, 356, 32, 394, 34, 304 f.; Rspr. 5, 455, 6, 219, 9, 193); RGE. 17, 61 f., 21, 18 (betr. 242). Diese wohl richtige Ansicht wird wohl aus der Stellung der Hehlerei als selbständigen Delikts begründet, so

---

[117]) Über einen besonderen Fall hier — versuchte Teilnahme des Käufers — s. oben S. 100.

[118]) Zu bemerken ist noch (s. S. 95 A. 104, S. 96 A. 105), daß Entsprechendes gilt, wenn die Sache durch ein anderes Delikt (z. B. Diebstahl) seitens des Verkäufers vor Sachübergabe erlangt worden ist und der jetzige Käufer — Hehler — sich an diesem beteiligt hat. Näher soll dies hier nicht verfolgt werden.

[119]) Event. kann auch Anstiftung daneben in Frage kommen, s. oben S. 96 A. 105. Hier gilt Entsprechendes, s. unten.

[120]) Entsprechend bei Anstiftung s. die Zitate Olshausen 27 zu § 259 und s. unten.

[121]) Betreffend Anstiftung mit Einschränkungen (nicht, wenn Täter die Sachen nach Auftrag des Anstifters gleich für ihn mit erlangt hat).

[122]) Mit derselben Einschränkung wie Binding.

RGE. 5, 282 (betreffend Anstiftung); Olshausen a. a. O.; Oppenhoff a. a. O.; Lucas a. a. O. Besonders aber spricht für sie, daß durch Bestrafung wegen Beihilfe doch nicht im Sinne des Gesetzes ein schwereres Delikt der Hehlerei mit abgegolten (konsumiert) sein kann.

β) Eine andere Ansicht dagegen verneint (wirkliche) Konkurrenz, will prinzipiell nur wegen Beihilfe bestrafen, so besonders Frank VI, 3 zu 259 (in der Regel, die seltenen Ausnahmefälle, die er im Auge hat, kommen hier nicht in Betracht); Köhler im GerS. 61, 110 f.;[123]) v. Kries in ZStW. 7, 567 f.; v. Bar, Gesetz u. Schuld im Strafrecht 2, 827 ff.; Gudewill, Partiererei 110 ff. (ebenso bei Anstiftung); auch wohl (unklar, event. zu γ zu stellen) v. Liszt 502; Schwarze im GerS. 24, 377 f., vgl. 391.[124]) Frank rechtfertigt dies damit: Bestrafung wegen Teilnahme umfasse die wegen Entziehung der Sache, der letzte Grund für die Strafbarkeit der Hehlerei sei wieder der gleiche wie beim Vordelikt. Aber der Hehler wird doch bestraft, weil er die Sache weiter entzieht (s. Frank selbst S. 467 oben: Der durch die Vortat Verletzte werde durch Hehlerei weiter geschädigt).

γ) Eine dritte Ansicht verneint Konkurrenz, will nur wegen Beihilfe strafen, wenigstens dann, wenn schon bei der Teilnahmehandlung (wie hier) von der Absicht des späteren Erwerbes der betreffenden Sache ausgegangen wurde, so Meyer-Allfeld 566 A. 24; s. auch Hergt im GerS. 76, 340 A. 3 (unklar).[125])

cc) Bei Annahme von Konkurrenz erhebt sich die Frage, ob Ideal- oder Realkonkurrenz anzunehmen ist. Für Realkonkurrenz RGE. 21, 18; Oppenhoff 2 zu 259; Gretener a. a. O.; auch Beling a. a. O. 85 (regelmäßig Realkonkurrenz, s. aber A. 5 daselbst); s. auch Binding a. a. O. 391 f. A. 5 (betreffend Anstiftung); RGE. 5, 282 (betreffend Anstiftung). Andere dagegen wollen je nach Umständen Real- oder Idealkonkurrenz annehmen, so Olshausen 27 zu 259 (25 b zu 246 redet er nur von Idealkonkurrenz); A. Frank a. a. O. 12, 53; Lucas a. a. O.; s. auch RGE. 32, 394 ff., 44, 211 f.; RGRspr. 9, 194 f. (betreffend Anstiftung). Mit Recht: Bei der unter bb γ erwähnten (hier zutreffenden) Sachlage ist Einheit des Vorsatzes[126]) und mit

[123]) Ebenso bei Anstiftung. Köhler will hier aber, um die oben S. 102 bemerkte mißliche Konsequenz zu umgehen, umgekehrt Hehlerei konsumieren lassen, wenn sie das schwerere Delikt bildet, s. a. a. O. 113 Anm. Ebenso v. Bar (s. sofort); s. mit Recht Gudewill 113 f. gegen diese Inkonsequenz.

[124]) Der aber bei Anstiftung (nur?) a. a. O. 378 Idealkonkurrenz nicht für ausgeschlossen hält.

[125]) s. auch oben S. 102 die Einschränkung bei Binding und A. Frank.

[126]) vgl. Rspr. 9, 193.

ihr Idealkonkurrenz[127]) anzunehmen, in anderen Fällen dagegen nicht, da es sich insoweit um verschiedene selbständige Akte handelt.

C. Unterschlagung seitens des Käufers.

1. Im Falle oben A 2 b aa, also wenn die Unterschlagung des Verkäufers erst in der käuflichen Übergabe der Sache an den Käufer erblickt wird, kommt für den Käufer neben Teilnahme an der Unterschlagung des Verkäufers eigene Unterschlagung in Betracht durch nachfolgende Akte, in denen ein Sichzueignen seitens desselben erblickt werden kann, z. B. Weiterveräußerung, so Binding 389 bei und in A. 3 (hypothetisch); Frank VII zu 246. Die Frage ist, in welchem Verhältnis diese zu der Teilnahme (Beihilfe) an Unterschlagung (s. oben S. 101 f. unter B a) seitens des Verkäufers stehen. Frank (a. a. O.) nimmt hier regelmäßig ein fortgesetztes Delikt an („Diese in Täterschaft begangene Unterschlagung bildet dann regelmäßig mit der früher geleisteten Beihilfe ein fortgesetztes Delikt"). Dem wird zuzustimmen sein, da die von der herrschenden Meinung aufgestellten Voraussetzungen für Annahme eines fortgesetzten Delikts zutreffen. Die später erfolgte Zueignung der Sache durch den Käufer und die geleistete Beihilfe zur Unterschlagung des Verkäufers richten sich gegen dasselbe Rechtsgut, die fremde Sache, ebenso liegen auch subjektiv die Erfordernisse des fortgesetzten Delikts vor, da beide auf einheitlichem fortwirkendem Vorsatz betreffend die Sachentfremdung beruhen.

2. Im Falle oben A 2 b bb, bei Unterschlagung durch den Verkäufer schon vor der käuflichen Sachübergabe,[128]) kommt ebenfalls Unterschlagung durch spätere Akte des Sichzueignens seitens des Käufers in Betracht, vgl. Frank a. a. O. Auch hier erhebt sich eine entsprechende Frage: die des Verhältnisses solcher Unterschlagung des Käufers zu der Hehlerei desselben.[129]) Vgl. dazu Frank VIII zu 259: wenn Hehlerei von vorneherein mit Zueignungsabsicht begangen wurde (das ist hier der Fall), werde nachfolgende Unterschlagung dadurch konsumiert. Im Resultat

[127]) Trotz der mehreren äußeren Handlungen (s. oben S. 103), weil fortgesetztes Delikt: Einheit des Rechtsgutes liegt vor. Anders RGRspr. 6, 222 (auch bei dieser Sachlage sei Realkonkurrenz nicht ausgeschlossen).

[128]) Entsprechend, wenn die Sache vor käuflicher Übergabe durch ein anderes Delikt, z. B. Diebstahl, vom Verkäufer schon erlangt war, s. S. 95 A. 104.

[129]) Betreffend das Verhältnis solcher Unterschlagung zu eventueller Beihilfe des Käufers zur vorangegangenen Unterschlagung des Verkäufers, s. oben S. 96 f., S. 102 f., gilt entsprechend das Z. 1 Gesagte.

ist auch hier Frank beizutreten, die Begründung ist nicht ganz schlüssig, nicht auf die Zueignungsabsicht kommt es dabei an, sondern darauf, daß bei Hehlerei durch Ankaufen als durch Ansichbringen — zu eigenen Zwecken — s. oben S. 86 ff. — schon spätere Zueignungsakte mitabgegolten sind.[130])

II. Der Verkäufer hat keinen Gewahrsam oder (mittelbaren) Besitz an der Sache, diese steht in fremdem Gewahrsam und ist ihm nur zugänglich.

§ 11.

Die Besprechung dieses Falles ist im wesentlichen bereits in § 5 S. 69 ff. erfolgt, man kann sich daher hier lediglich auf eine Zusammenstellung der verschiedenen Deliktsmöglichkeiten bezüglich des Käufers beschränken.

1. Liegt Hehlerei seitens des Käufers vor? Dies ist zu verneinen.

a) Hehlerei kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil der Käufer hier keine Sache „ankauft", die mittels einer strafbaren Handlung — schon — erlangt ist. Selbst wenn der Verkäufer als Täter des Diebstahls betrachtet würde, was nicht anzunehmen ist (s. oben a. a. O.), erfolgt, da der Verkäufer die Sache ja nicht in Gewahrsam hat, das Erlangen derselben seinerseits erst durch Ansichnehmen des Käufers (s. oben Kap. 1, II, bes. S. 44), also zeitlich nicht dem Erwerb dieses letzteren vorausgehend (vgl. oben S. 91 ff.).

b) Es fehlt weiter zur Annahme der Hehlerei am Erfordernis des Ansichbringens. Ein Ansichbringen der Sache durch den Käufer liegt strenggenommen nicht vor, da dieser hier die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache nicht auf derivativem Weg erlangt (s. oben S. 86 f.), sondern gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers, des Eigentümers usw. (s. oben S. 33), da „Übergabe und Empfang" der Sache also strenggenommen hier nicht stattfindet (vgl. die oben S. 86 erwähnte RGE. 39, 308). Freilich dürfte eine „Übergabe" i. S. des Zivilrechts hier zu bejahen sein (s. oben S. 65 f.).

---

[130]) Im Falle S. 104 A. 129 wird aber durch Hehlereibestrafung nur die der Hehlerei nachfolgende Unterschlagung des Käufers (C 2), nicht die — mit dieser (s. a. a. O.) eine fortgesetzte Handlung bildende — der Hehlerei vorangegangene etwaige Teilnahme desselben an der Unterschlagung des Verkäufers (B b) konsumiert. Denn bei letzterer handelt es sich um Unterstützung fremder Zueignung der Sache, was durch die Hehlereibestrafung nicht gedeckt, abgegolten ist. Hier ist vielmehr insoweit Idealkonkurrenz (s. oben S. 103 f.) gegeben.

2. Dagegen ist Diebstahl seitens des Käufers nach dem oben S. 70 Entwickelten zu bejahen. Und zwar Täterschaft, Alleintäterschaft desselben. Es könnte an Mittäterschaft des Verkäufers und Käufers gedacht werden, aber diese muß aus den oben S. 70 ff. erwähnten Gründen abgelehnt werden (anders die rein subjektive Theorie s. daselbst S. 72), da der Verkäufer keine Tatbestandshandlung des Diebstahles verwirklicht und auch nicht im Augenblick der Ausführung desselben sich beteiligt. Noch weniger ist Diebstahl des Verkäufers in mittelbarer Täterschaft anzunehmen, bei dem der Käufer als doloses Werkzeug (Beihilfe desselben) tätig wäre, s. oben S. 71. — In unserem Falle ist vielmehr lediglich Diebstahl seitens des Käufers anzunehmen und Teilnahme, Beihilfe bezw. Anstiftung und Beihilfe des Verkäufers an diesem.

§ 12.

III. Der Verkäufer hat mittelbaren Besitz an der Sache.

Bei dieser oben in § 6 (S. 72 ff.) besprochenen Situation ist von den verschiedenen, oben (S. 72 ff.) entwickelten Möglichkeiten auszugehen.

A. Es wird Unterschlagung seitens des Verkäufers bejaht (vgl. oben S. 72 f.).

a) Käufer ist der Besitzmittler selbst (Verwahrer usw.).

Hier gilt im allgemeinen Entsprechendes wie oben bei I, A und B, doch mit gewissen Modifikationen.

aa) Betreffend Teilnahme an Unterschlagung des Verkäufers — entsprechend I A 2 b aa, s. oben S. 92 ff. u. 101 f.[131]) — kann Mittäterschaft an Unterschlagung seitens des Käufers hier in Betracht kommen. Hier würde ja das Hindernis, daß der Käufer nicht im Gewahrsam ist, nicht zutreffen, da dies der Fall ist.

bb) Betreffend Hehlerei seitens des Käufers, z. B. bei Unterschlagung des Verkäufers durch Kaufangebot, entsprechend I A 2 b bb, ist auch hier „Erlangtsein" bei vorangegangener Unterschlagung des Verkäufers zu bejahen (Sachverschiebung), s. oben S. 90 ff., 95. Eine Übergabe der Sache kommt hier nicht in Betracht, wenn Käufer als Besitzmittler schon im Gewahrsam derselben ist, aber auch hier liegt ein „Ankaufen" der Sache als „Ansichbringen" für den Käufer vor, sofern dieser die Verfügungsgewalt zu eigenen Zwecken, in eigenem Interesse (s. oben S. 86 ff.) erst auf Grund des Kaufabschlusses erwirbt nach § 929 Satz 2 BGB. (s. Anm. 131)

---

[131]) An Stelle der Übergabe der Sache durch den Verkäufer erfolgt hier Übertrag zu eigen nach § 929 Satz 2 BGB., s. oben S. 72.

(wie denn nach der herrschenden Meinung im Entleihen oder Inverwahrungnehmen — eine Situation, wie sie als bisher für den Käufer vorliegende in Betracht kommt, s. oben S. 72 — noch kein „Ansichbringen" liegt; vgl. Frank IV, 2 zu 259; Olshausen 10a zu 259; RG. in DJZ. 9, 1092; and. M. Beling a. a. O. 7, 73). Bezüglich der Teilnahme des Käufers, der Hehler ist, an der vorangegangenen Unterschlagung des Verkäufers (s. oben S. 95 ff., 101 f.) wäre wohl Mittäterschaft (im Gegensatz zu aa) auch hier zu verneinen, da (vgl. oben S. 95 f.) auch hier wohl zutrifft, daß der Käufer (z. B. der wissentlich an den Kaufverhandlungen sich Beteiligende) erst sich zueignen will mit dem und durch den Akt nach § 929 Satz 2 BGB. Bei Annahme von Mittäterschaft des Käufers an der vorangegangenen Unterschlagung wäre, wie noch zu erwähnen, nach herrschender Meinung — s. oben S. 102 — dann Hehlerei konsumiert, bei Verneinung liegt auch hier Idealkonkurrenz vor (s. oben S. 103).

b) Käufer ist ein Dritter, nicht der Besitzmittler.

Im Falle, daß Käufer nicht Besitzmittler ist, gilt das oben I A u. B Bemerkte entsprechend. Statt Übergabe der Sache durch den Verkäufer erfolgt hier indes Übereignung derselben nach § 931 oder § 930 BGB. (s. oben S. 72), es ist deshalb zweifelhaft,[132]) ob schon mit der Übereignung ein „Ansichbringen" i. S. des § 259 StGB. gegeben ist, oder erst mit der Erlangung der Sache selbst durch den Käufer, in welchem Fall dann stets Hehlerei gegeben wäre, da dann die Unterschlagung des Käufers jedenfalls schon perfekt war, als das „Ansichbringen" stattfand. Man kann indes in dieser Übereignung schon einen Anfang des „Ansichbringens" finden (s. auch Beling a. a. O. 7, 72: bei Herstellung eines Verhältnisses zur Sache, in dem Täter die Möglichkeit hat, sich diese zu verschaffen). Dann würde doch das zu I A u. B Bemerkte auch hier gelten. Es käme event. hier noch Teilnahme des Besitzmittlers an der Unterschlagung in Betracht — falls er von der Unterschlagung weiß —, aber nicht Mittäterschaft, weil er (s. entsprechend S. 96, 106 f.) jedenfalls nicht die Sache sich zueignen will.

B. Es wird Unterschlagung seitens des Verkäufers verneint (s. oben S. 73 f.), weil er nicht Gewahrsam an der Sache hat, was § 246 verlangt.

---

[132]) vgl. über diese Frage Gudewill 46. Zur Erlangung tatsächlicher Verfügungsgewalt im „Ansichbringen" war für die Regel „Besitzergreifung" verlangt, es werden aber Ausnahmen zugelassen; vgl. Olshausen 10b zu 259 und dort Zit.; Binding 390, speziell unter dem Gesichtspunkt der Erlangung rechtlicher Verfügungsgewalt; s. indes gegen solche Beling a. a. O. 7, 72 A. 7, der streng tatsächliches Haben verlangt.

a) Käufer ist der Besitzmittler.

aa) Es wird Untreue seitens des Verkäufers angenommen, s. oben S. 75 f.,[133]) dann gilt entsprechend das zu I A u. B Bemerkte, wozu noch einiges zu bemerken ist.

α) Im Fall entsprechend I A 2 b aa[134]) käme dann Teilnahme an der Untreue (entsprechend S. 92 ff., 102) in Betracht, die durch käufliche Sachübereignung sich vollzieht.[135])

Vgl. in dieser Richtung betreffend die Frage, ob Hehlerei oder Teilnahme an Untreue gegeben ist, entsprechend dem oben I A 2 b aa und I A 2 b bb Ausgeführten für § 266 Olshausen 15 b zu 266 (Beihilfe zu Untreue könne — entsprechend wie bei Unterschlagung — begangen werden durch Empfangnahme der dem Eigentümer entfremdeten Gegenstände, indem dadurch erst die Vollendung der Untreue ermöglicht werde); Köhler im GerS. 61, 151; Oppenhoff 21 zu 266; RGRspr. 3, 497 (gegen Hehlerei in solchem Fall); RGRspr. 8, 508. Was die Teilnahme anbelangt, so bejaht letztere Entscheidung „nach Maßgabe ihres Vorsatzes" die Möglichkeit von Mittäterschaft in solchem Fall. Aber betreffend § 266 müßte der Käufer, um Mittäter zu sein, selbst in einem der in § 266 genannten Verhältnisse stehen; vgl. Olshausen 15 a zu 266; Oppenhoff 21 zu 266, vgl. mit 17 zu § 47 (betreffend die genannte Entscheidung); RG. in GoltdArch. 59, 328. Es gilt also Entsprechendes wie oben S. 92 f. auch betreffend die Form der Teilnahme.

β) Im Fall entsprechend I A 2 b bb kommt Hehlerei[136]) in Betracht mit Untreue als Vordelikt,[137]) daneben event. Teilnahme (Beihilfe, s. entsprechend unter α) an der vorangegangenen Untreue entsprechend dem oben S. 95 ff., 101 ff. Bemerkten).

bb) Weiter kommt in Frage Selbstunterschlagung seitens des Käufers (s. oben S. 75) durch die Mitwirkung bei der Sachübereignung. Derselbe ist ja im Gewahrsam der Sache und will sich die fremde Sache (in seinem Gewahrsam) zueignen wohl erst bei der Sachübereignung (s. entsprechend oben S. 96, 106 f.), dann Teilnahme des Verkäufers an dieser

[133]) s. daselbst A. 74 betreffend das Verhältnis zur Unterschlagung.

[134]) vgl. auch oben S. 75 betreffend Untreue i. S. des § 266 Ziff. 2 StGB. und dazu RGRspr. 3, 497.

[135]) Nach § 929 Satz 2 BGB. s. oben S. 72.

[136]) Hehlerei verneint schlechtweg beim bösgläubigen Erwerber hier Rönnberg im Recht 10, 1347, weil der mittelbare Besitzer (Verkäufer) die Sache nicht mittels einer strafbaren Handlung erworben habe. Aber bei Untreue desselben ist dies der Fall (vgl. entsprechend oben S. 90 ff., 95, 106).

[137]) vgl. oben α Zitierte, besonders RGRspr. 3, 497 und oben S. 75 betreffend Untreue i. S. des § 266 Ziff. 1 u. 3.

Unterschlagung[138]) (Anstiftung und Beihilfe, bezw. Beihilfe, natürlich nicht Mittäterschäft, da der Verkäufer nicht im Gewahrsam ist,[139]) wie nach der Ansicht unter B erforderlich, s. oben S. 106). Untreue des Verkäufers und solche Teilnahme desselben an Unterschlagung des Käufers müssen sich wohl betreffend dieselbe Sache ebenso ausschließen, wie Untreue und Unterschlagung derselben Person es hier richtiger Meinung nach tun; s. Binding 397 f.; Frank III zu 266; Hegler im Arch. f. Rechtsphilos. 9, 153 f. sehr bestritten; anders die herrschende Meinung, vgl. Olshausen 16 a α zu 266 und dort Zit. Die Sachverschiebung vollzieht sich entweder durch Willensumgehung, Unterschlagung des Käufers unter Teilnahme des Verkäufers oder durch Willensmißbrauch (d. h. hier Mißbrauch der Vertretungsmacht hinsichtlich eines fremden Willens (s. Hegler im Arch. f. Rechtsphilos. 10, 160) seitens des Verkäufers, Untreue desselben, unter Teilnahme bezw. Hehlerschaft (und event. Teilnahme an Untreue als Vordelikt) seitens des Käufers. Damit ist schon gesagt, daß auch letztere (aa α u. β) und Selbstbegehung der Unterschlagung seitens des Käufers (bb) sich ausschließen.

b) Der Käufer ist nicht der Besitzmittler.

Dann kommt a aa α u. β entsprechend (s. oben S. 107 unter A b) in Betracht, a bb ist hier ausgeschlossen, da der Käufer nicht im Gewahrsam ist.[140]) Event. ist der Besitzmittler Teilnehmer (s. oben S. 107 unter A b).

C. Nachfolgende Unterschlagung seitens des Käufers kann auch hier im Falle III entsprechend dem Fall I (S. 104 f.) in Betracht kommen (s. oben S. 75 A. 75). Es gilt hier im allgemeinen Entsprechendes wie dort, so bei A; bei B a aa α wird die Annahme, daß die nachherige Unterschlagung des Käufers mit dessen Teilnahme an Untreue ein fortgesetztes Delikt bilde, vielleicht größeren Bedenken als oben S. 104 unterliegen (wegen Verschiedenheit der Deliktstypen), doch nicht auszuschließen sein (Einheit des Rechtsguts und Einheit des Vorsatzes kann auch hier angenommen werden; bei B a aa β wird Konsumtion der nachfolgenden Unterschlagung durch Hehlerei wie oben S. 104 anzunehmen sein;[141]) im Fall B a bb kommt der eigenen Unterschlagung des Käufers gegenüber nachherige Unterschlagung seitens desselben nicht mehr in Betracht; im Fall B b gilt Entsprechendes wie bei B a aa α u. β.[142])

---

[138]) s. oben S. 75.

[139]) s. oben S. 75 A. 76, 73 ff., auch S. 92 f., 78 A. 85.

[140]) s. entsprechend A. 139.

[141]) Auch das oben S. 105 A. 130 Bemerkte gilt entsprechend.

[142]) Wird zu A Unterschlagung, zu B Untreue verneint, so ist der Käufer

§ 13.

IV. Der Verkäufer hat keinen Gewahrsam oder (mittelbaren) Besitz an der Sache, diese steht in niemands Gewahrsam und ist ihm zugänglich.

Hier ist das Einschlägige bereits oben § 8 bemerkt, wonach nach der einen Ansicht Mittäterschaft des Käufers an Unterschlagung durch Gewahrsamsergreifung in der Absicht rechtswidriger Zueignung gegeben ist, nach der anderen Unterschlagung des Käufers durch Aneignungsakte nach Gewahrsamserlangung (unter bloßer Teilnahme i. e. S. seitens des Verkäufers).

---

hier (B b) dann allein unter diesem Gesichtspunkt der nachfolgenden Unterschlagung strafbar, während bei B a Unterschlagung i. S. B a bb seitens des Käufers durch Mitwirkung bei der Sachübereignung in Betracht kommt.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.